

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. 1076/C1/831, 833

Data: 24.05.2022

Prin contestația nr. 608/04.04.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 17493/05.04.2022, formulată de SC SRL cu sediul în, str., jud., înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare RO, reprezentată legal de, și convențional prin Societatea Civilă Profesională de Avocați „.....”, cu sediu ales pentru comunicarea actelor de procedură în, împotriva raportului procedurii nr. 2667/28.03.2022 comunicat prin adresa nr. 2670/28.03.2022, emis de către ORAȘUL, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, str., jud., în cadrul procedurii simplificate având ca obiect atribuirea contractului: „Servicii de proiectare și execuția lucrărilor aferente obiectivului de investiție - Modernizarea/ reabilitarea sistemului de iluminat public pentru orașul, județul” cod CPV 45316110-9, s-a solicitat:

1. anularea adresei nr. 2670/28.03.2022, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii;
2. anularea raportului procedurii nr. 2667/28.03.2022;
3. anularea deciziei prin care oferta sa a fost declarată ca fiind inacceptabilă;
4. obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire, prin continuarea procesului de evaluare în ceea ce privește oferta sa;
5. obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată efectuate pentru soluționarea prezentei contestații, potrivit dispozițiilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016;
6. asigurarea accesului la dosarul constituit la Consiliu, în temeiul dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016.

Prin contestația nr. 137/04.04.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 17496/05.04.2022, formulată de SC SA cu sediul în București, str. Constantin Noica nr. 173A, sector 6, înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare RO

reprezentată legal prin, și convențional de cu sediu ales pentru comunicarea actelor de procedură în București, str. Nerva Traian nr. 16, bloc M35, sc. 3, ap. 77, sector 3, împotriva rezultatului procedurii de atribuire emis de către ORAȘUL, în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, s-a solicitat:

1. anularea raportului procedurii nr. 2667/28.03.2022 și a comunicării nr. 2669/28.03.2022, a oricărui alt act anterior și/sau subsecvent, intern, extern sau conex actelor indicate, act prin care oferta sa a fost declarată ca fiind neconformă sau care a stat la baza declarării ca neconformă, precum și a oricăror acte interne anterioare și/sau subsecvente și conexe acestora, emise de către autoritatea contractantă în cadrul procedurii de atribuire cu privire la modalitatea de evaluare a ofertei, dar și a eventualelor acte ulterioare subsecvente acestor acte (cum ar fi, dar fără a se limita la acestea: contractul semnat cu ofertantul a cărui ofertă a fost declarată admisibilă);

2. obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire cu respectarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, la reevaluarea ofertei sale cu consecința stabilirii conformității și admisibilității ofertei;

3. obligarea autorității contractante la emiterea unei noi comunicări privind rezultatul procedurii în conformitate cu dispozițiile legale în materia achizițiilor publice și a documentației de atribuire;

4. în temeiul art. 22 alin. (1) din Legea 101/2016, în scopul prevenirii unei pagube iminente, admiterea cererii de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea prezentei contestații.

5. în cazul admiterii contestației, dacă se constată că nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire, solicită Consiliului, să dispună anularea procedurii de atribuire.

Prin adresa nr. 98/14.04.2022 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 19617/15.04.2022 SC SRL, cu sediul în, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. J15/954/2004, având CUI RO 16869469, reprezentată legal prin, și convențional prin AVOCAT cu sediu ales pentru comunicarea actelor de procedură în, formulează cerere de intervenție accesorie în sprijinul autorității contractante, în contradictoriu cu SC SRL și SC SA solicitând:

1. în temeiul art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 raportat la art. 64 alin. (2) din NCPC, admiterea în principiu a cererii de intervenție accesorie în sprijinul autorității contractante și, în consecință, introducerea intervenientului atât în dosarul 833/C1/2022 cât și în dosarul 835/C1/2022;

2. în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respingerea contestației formulată de SC SRL, ca nefondată;

3. în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respingerea contestației formulată de SC SA, ca nefondată;

4. pe cale de consecință, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea 101/2016, menținerea tuturor actelor emise de autoritatea contractantă ca fiind temeinice și legale.

Conform prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, contestațiile care fac obiectul dosarelor nr. 831/2022 și nr. 833/2022 au fost conexe pentru a se pronunța o soluție unitară deoarece acestea sunt formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

În fapt SC SRL precizează că evaluarea realizată de ORAȘUL cu privire la oferta sa a înregistrat abateri de la cadrul legal, în concret de la dispozițiile art. 171 alin. (3) indice 1 din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora aceasta avea obligația legală de a analiza dovezile prezentate de SC SRL pentru demonstrarea credibilității în legătură cu deținerea documentului constatator.

În opinia sa confirmări ale faptului că evaluarea realizată de autoritatea contractantă cu privire la oferta sa a înregistrat abateri de la cadrul legal, respectiv de la dispozițiile art. 171 alin. (3) indice 1 din Legea nr. 98/2016 se învederează chiar din conținutul raportului procedurii și comunicării rezultatului procedurii, din care rezultă, în mod indubitabil, că nu au fost evaluate măsurile luate și dovedite de operatorul economic SC SRL, ținând seama de gravitatea și circumstanțele abaterii avută în vedere.

Cu alte cuvinte, susține că autoritatea contractantă s-a limitat exclusiv la afirmația potrivit căreia conform Documentului constatator nr. 39030/16.11.2021, SC SRL și-a încălcat în mod grav obligațiile principale care îi reveneau în cadrul contractului de lucrări, iar aceste lucrări au dus la încetarea anticipată a contractului și plata de daune interese sau alte sancțiuni comparabile.

Cronologic, precizează că prin Notificarea cu nr. 39048/16.11.2021 s-a dispus rezilierea contractului de lucrări nr. 23452/19.07.2021 „Lucrări de infrastructură la cartier de locuințe zona Sere (străzi, trotuare, rețea de canalizare menajeră și pluvială rețea termică, rețea de iluminat public și casnic) - Instalații electrice SPAU și iluminat public, oraș Cernavodă, județul Constanța” fiind emis Documentul constatator nr. 39030/ 16.11.2021, privind contractul de achiziție publică de lucrări nr. 23452/ 19.07.2021.

Menționează că decizia de reziliere a acestui contract nu este definitivă, astfel că încă de la primirea acestui document, SC SRL a procedat la contestarea actelor administrative indicate anterior, având în vedere nelegalitatea acestora cu mențiunea că: a) Notificarea de reziliere a contractului nu este valabilă ca urmare a nerespectării procedurilor prelabile prevăzute în contract; b) achizitorul nu și-a

îndeplinit propriile obligații contractuale, prealabile în succesiunea lucrărilor contractului obligațiilor sale, astfel că sunt aplicabile prevederile art. 1.556 c. civ.

Pentru confirmarea faptului că, actele administrative indicate anterior nu au un caracter definitiv, precizează că, în prezent, pe rolul Tribunalului se află înregistrată cererea de chemare în judecată privind anulare deciziei de reziliere a contractului și anularea documentului constatator făcând, inițial, obiectul dosarului nr. 613/99/2022.

De asemenea arată că în prezent, acest litigiu nu a fost soluționat pe fond, având în vedere că, atât secția I civilă (dosar 613/99/2022), cât și secția de contencios administrativ (dosar 613/99/2022*) din cadrul Tribunalului, au admis excepția necompetenței materiale și funcționale a Tribunalului, aflându-se în situația unui conflict negativ de competență, soluționat de Curtea de Apel, care a stabilit că este competentă pentru soluționarea acestui litigiu secția I civilă a Tribunalului (dosar 158/45/2022).

După cum se învederează din cele prezentate anterior, până la acest moment, litigiul nu a fost soluționat pe fond.

Cu titlu preliminar, precizează că documentul constatator NU îndeplinește condițiile cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, în sensul că, așa cum se poate constata el nu și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale. Cu alte cuvinte, neprezentarea unui grafic general de realizare a investiției nu reprezintă o obligație principală a unui contract care avea ca obiect „Lucrări de infrastructură la cartier de locuințe zona Sere (străzi, trotuare, rețea de canalizare menajeră și pluvială, rețea termică, rețea de iluminat public și casnic) - Instalații electrice SPAU și iluminat public, oraș Cernavodă, județul Constanța”.

Cu toate că, așa cum rezultă din conținutul documentului constatator acesta nu îndeplinește condițiile cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, SC SRL susține că a procedat la declararea acestuia până la momentul depunerii ofertelor, așa cum rezultă din formularul DUAE completat.

De asemenea, tot până la momentul depunerii ofertelor, în temeiul art. 171 alin. (1) - (3) indice 2, susține că a transmis măsurile de dovedire a credibilității.

Reiterează faptul că evaluarea realizată de autoritatea contractantă cu privire la oferta sa a înregistrat abateri de la cadrul legal, respectiv de la dispozițiile art. 171 alin. (3) indice 1 din Legea nr. 98/2016 iar aceste aspecte se învederează chiar din conținutul raportului procedurii și comunicării rezultatului procedurii, din care rezultă, în mod indubitabil, că nu au fost evaluate măsurile luate și dovedite de operatorul economic SC SRL, ținând seama de gravitatea și circumstanțele abaterii avută în vedere.

Așa cum se poate constata, contestatorul susține că a indicat drept măsuri pentru păstrarea credibilității următoarele:

- implementarea unui sistem CRM-CAS în scopul optimizării activității;
- conștientizarea angajaților de riscurile aferente derulării contractelor de achiziție publică;
- măsuri de reorganizare internă a activității;
- selecția mai riguroasă a partenerilor contractuali.

De asemenea, în sensul atestării credibilității, contestatorul arată că a invocat seriozitatea și profesionalismul cu care a implementat peste 250 de contracte de achiziție publică în sectorul iluminatului public stradal la nivel național, enumerând 11 dintre acestea și perioada de derulare a lor prezentând recomandări ale acestor beneficiari.

Cu alte cuvinte, consideră că din informațiile prezentate rezultă faptul că incidentul în analiză este un caz izolat, iar credibilitatea societății sale a fost dovedită.

În soluționarea acestei contestații, susține că sunt relevante dispozițiile art. 167 și 171 ale Legii nr. 98/2016.

Din modul de exprimare a legiuitorului, în emiterea dispozițiilor coroborate ale art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, invocat de ORAȘUL pentru respingerea ofertei, contestatorul reliefează că, excluderea operează în situația în care sunt îndeplinite cumulativ condițiile amintite, respectiv conduita viciată a operatorului economic, conduită care să fi avut efectele amintite.

Din interpretarea gramaticală și logică a textelor legale invocate, în opinia sa este de observat că legiuitorul nu a prevăzut că motivul de excludere operează de drept în situația în care, pentru operatorul economic respectiv, a fost emis un document constatator, de natura celui întâlnit în prezenta speță, fără a fi necesare alte verificări.

În acest context reliefează că, potrivit art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, legiuitorul nu a condiționat excluderea din procedură nici de existența unui document constatator ori a altui asemenea act emis de un client beneficiar al operatorului economic analizat.

Cu alte cuvinte, arată că în textul dispozițiilor coroborate ale art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016, nu se condiționează excluderea operatorului economic de existența unui document constatator emis de vreun beneficiar al acestuia.

Contestatorul arată că așa cum se învederează din conținutul dispozițiilor art. 166 alin. (1) din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă are obligația de a emite documente constatatoare care conțin informații referitoare la îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către un contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, la eventualele prejudicii, iar conform alin. (8) al aceluiași articol, decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, trebuie să fie rezultatul unei

analize din partea comisiei de evaluare care să reflecte îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

În altă ordine de idei, susține că decizia de respingere a unui ofertant pe baza unui document constatator trebuie să fie precedată de o verificare obligatorie a faptului că acest document reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege.

De asemenea arată că, prin normele de la art. 171 alin. (1), (2) și (3), legea a stabilit dreptul și posibilitatea operatorului economic de a răsturna concluziile rezultând din incidența unui caz de excludere, prin furnizarea de dovezi care să arate că măsurile pe care le-a luat sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivul de excludere, în prezența unor astfel de dovezi, pe care autoritatea contractantă să le considere suficiente, aceasta având posibilitatea legală de a nu exclude operatorul economic respectiv.

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

Conchide că, așa cum rezultă din prevederile art. 171 din Legea nr. 98/2016, chiar și în situația incidenței cazului de excludere de la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, operatorul economic 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, dovezile fiind prezentate de legiuitor la art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016. De asemenea, supune atenției Consiliului că obiectul contractului pentru care a fost emis certificatul constatator în discuție a constituit și obiectul altor contracte similare.

În acest context, precizează că verificările la care legea o obligă pe autoritatea contractantă nu reprezintă verificări ale legalității documentului constatator, o astfel de verificare fiind, fără îndoială, de competența instanței de judecată. Până la pronunțarea instanței, credibilitatea unui operator economic poate fi susținută de măsurile luate de acesta pentru a preveni reapariția unor situații precum cele care au determinat emiterea certificatului constatator, respectiv conduita sa în alte contracte similare.

În concluzie, simpla existență a certificatului constatator invocat de autoritate nu poate determina respingerea ofertei, cum în mod eronat invocă autoritatea.

Consideră că măsurile luate de SC SRL pentru dovedirea credibilității sunt suficiente, așa cum de altfel a reținut și CNSC, prin Decizia CNSC nr. 418/C11/294 din 25.02.2022.

Mai mult, arată că principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în

care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite (Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers Union și alții, C-157/96, pct. 60).

În final, solicită obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată efectuate pentru soluționarea prezentei contestații, potrivit dispozițiilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016. În acest sens, menționează că precizările privind cuantumul, detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate vor fi depuse înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației.

În temeiul dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, solicită aprobarea cererii de studiu a dosarului aflat pe rolul Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, precum și fotocopierea documentelor necesare.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 18939/12.04.2022 SC SRL depune recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207982705/1 tranzacția nr. 1195882079/2015752115 din 11.04.2022 în valoare de 88.000,00 lei emisă de CEC Bank – Sucursala

Prin adresa nr. 3113/08.04.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 18488/08.04.2022 autoritatea contractantă transmite punctul de vedere față de contestația SC SRL solicitând respingerea acesteia ca nefondată.

Autoritatea contractantă precizează că din analiza celor invocate în contestația depusă a observat criticile aduse comisiei de evaluare, aceasta fiind acuzată de superficialitate în evaluarea ofertelor. Menționează că evaluarea ofertelor a fost realizată de către comisia de evaluare cu rigurozitatea impusă de legislația în vigoare în domeniul achizițiilor publice, cu respectarea documentației de atribuire.

Susține că comisa a analizat motivul de excludere și a considerat că acesta operează de drept.

Arată că conform DUAЕ depus, la Secțiunea C. Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale, la „Încetare anticipată daune-interese sau alte sancțiuni comparabile”, ofertantul a declarat următoarele:

„Prin Notificarea cu nr. 39048/16.11.2021 s-a dispus rezilierea Contractului de lucrări nr. 23452/ 19.07.2021 „Lucrări de infrastructură la cartier de locuințe zona Sere (străzi, trotuare, rețea de canalizare menajeră și pluvială, rețea termică, rețea de iluminat public și casnic) - Instalații electrice SPAU și iluminat public, oraș Cernavodă, județul Constanța”, fiind emis Documentul constatator nr. 39030/16.11.2021, privind contractul de achiziție publică de lucrări nr. 23452/19.07.2021 Menționăm că decizie de reziliere a acestui contract nu este definitivă.

Subscrisa am procedat la contestarea actelor administrative indicate anterior, având în vedere nelegalitatea acestora cu mențiunea că:

a) Notificarea de reziliere a contractului nu este valabilă ca urmare a nerespectării procedurilor prealabile prevăzute în contract;

b) achizitorul nu și-a îndeplinit propriile obligații contractuale, prealabile în succesiunea lucrărilor contractului obligațiilor subscrisei, astfel că sunt aplicabile prevederile art. 1.556 c. civ. Ați luat măsuri pentru a demonstra fiabilitatea dumneavoastră („autocorectare”)?

DA

Descriere: Conform documentelor atașate”.

Autoritatea contractantă arată că în cadrul documentelor de calificare a fost depus Documentul constatator final nr. 39030/16.11.2021 conform căruia Contractul de lucrări nr. 23452/19.07.2021 „Lucrări de infrastructură la cartier de locuințe zona Sere (străzi, trotuare, rețea de canalizare menajeră și pluvială, rețea termică, rețea de iluminat public și casnic) - Instalații electrice SPAU și iluminat public, oraș Cernavodă, județul Constanța”, nu a fost îndeplinit în mod corespunzător, având ca și consecință rezilierea contractului.

Astfel, susține că prin Notificarea nr. 39048/16.11.2021 Orașul Cernavodă a notificat contractantul și societatea asiguratoare cu privire la rezilierea contractului și executarea garanției de bună execuție. Achizitorul înștiințează ofertantul și societatea asiguratoare asupra faptului că va continua demersurile începute în vederea recuperării daunelor interese stabilite cu clauză penală de art.23.3, respectiv că își rezervă dreptul recuperării prejudiciului suplimentar produs de executant prin neonorarea obligațiilor contractuale, prejudiciu cauzat ca urmare a pierderii finanțării lucrărilor care au făcut obiectul investiției. Contractantul, la rândul său a transmis Orașului Cernavodă plângerea prealabilă nr.2390/07.12.2021, prin care a solicitat, motivat, revocarea Notificării nr.39048/16.11.2021 privind rezilierea contractului și revocarea Documentului constatator nr. 39030/16.11.2021. Ca răspuns, Orașul Cernavodă a transmis adresa nr. 41436/07.01.2022 conform căreia se menține atât notificarea cât și documentul constatator emis.

Drept urmare, arată că contractantul SC SRL, prin reprezentare convențională de către SCPA, a deschis o acțiune în instanță, care se afla la data limită de depunere a ofertelor pe rolul Tribunalului - Secția I Civilă, Dosar nr. 613/99/31.01.2022, cu solicitare anulare act decizie respingere plângere prealabilă/notificare/document constatator - reziliere contract. Prin punctul 4 din acțiunea depusă în instanță, contractantul solicită suspendarea efectelor Documentului constatator nr.39030/16.11.2021 până la soluționarea pe fond a cauzei.

Autoritatea contractantă precizează că în data de 10.02.2022, pe portalul Tribunalului, la „Informații dosar” existau mențiuni

potrivit căroră, în data de 04.02.2022, Secția I civilă declină competența de soluționare a cererii de chemare în judecată formulată de reclamanta SRL în favoarea Secției a II-a Civilă de Contencios Administrativ a Tribunalului

Astfel, autoritatea susține că la data limită de depunere a ofertelor - 07.02.2022 - nu exista o sentință a instanței prin care să fie suspendate efectele Documentului constatator nr. 39030/16.11.2021.

Autoritatea consideră că, din analiza documentelor depuse în cadrul ofertei, reiese fără echivoc, faptul că ofertantul SC SRL, prin depunerea ofertei, a acționat în cunoștință de cauză, respectiv a cunoscut prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, aprobată cu modificările și completările ulterioare: „(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”, așa cum reiese și din înscrisurile acțiunii deschisă în instanță.

Astfel, arată că în cadrul acțiunii depuse la Tribunalul, ofertantul solicită și suspendarea efectelor Documentului constatator nr. 39030/ 16.11.2021, știind că, până la pronunțarea de către instanță a unei sentințe de suspendare a efectelor actului atacat, acesta produce efecte.

Mai mult, susține că în vederea demonstrării existenței unei pagube iminente, ofertantul face următoarele precizări:

„Drept urmare, în eventualitatea în care, pe parcursul procedurilor de atribuire la care subscrisa am depus ofertă/vom depune ofertă, comisia de evaluare va lua în considerare documentul constatator și va proceda la respingerea ofertei depusă de societatea noastră, subscrisa ar fi privată de posibilitatea realizării unui profit, beneficiu care, în cazul anulării actelor administrative a căror executare solicităm a fi suspendată, ar fi imposibil de recuperat de la autoritatea contractantă”.

Autoritatea contractantă precizează că conform Documentului constatator nr. 39030/16.11.2021, ofertantul și-a încălcat în mod grav obligațiile principale care îi reveneau în cadrul contractului de lucrări, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a contractului și plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile:

„6. Contractul a fost îndeplinit în mod corespunzător

☐ Da, ☒ NU

Dacă NU:

Motivație/motivații:

a) abateri de la calitatea produselor serviciilor lucrărilor contractate: NU ESTE CAZUL;

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

Executantul SRL nu a demarat executarea lucrărilor ce fac obiectul investiției deși ordinul de începere a fost emis de achizitor prin adresa nr. 26618/13.08.2021 respectiv executantul SC SRL a refuzat să prezinte un grafic general de realizare a investiției actualizat. deși a fost notificat cu privire la acest aspect prin adresa nr. 37084/02.11.2021.

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):

Daune interese prevăzute cu clauză penală de art. 23.3 din contractul de lucrări nr. 23452/19.07.2021 în sumă de 89.211.52 lei (cuantumul garanției de bună execuție), la care se adaugă eventuale prejudicii cauzate de executant ca urmare a pierderii finanțării lucrărilor ce fac obiectul investiției”.

Având în vedere prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, aprobată cu modificările și completările ulterioare și ținând cont de faptul că Documentul constatator nr. 39030/16.11.2021 eliberat de Orașul Cernavodă, reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, aprobată cu modificările și completările ulterioare, autoritatea contractantă precizează că comisia de evaluare a exclus din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică pe SC SRL.

Autoritatea contractantă precizează că, comisia de evaluare a analizat efectiv motivul de excludere și a ținut cont pe tot parcursul evaluării de riscul pierderii finanțării.

Ca urmare a contestațiilor existente și la documentația de atribuire, în cea mai mare parte dovedite a fi nefondate autoritatea contractantă precizează că a mai pierdut timp prețios, iar termenul de predare a proiectului tehnic la AM -POR, ADR de 28.03.2022 nu a putut fi respectat.

Mai mult, autoritatea contractantă ORAȘUL susține că, prin adresa ADR nr. 10726/04.04.2022, a fost notificată expres că termenul final de eligibilitate a cheltuielilor POR 2014-2020 este 31.12.2023, durata rămasă pentru implementarea proiectului este la limită și în concluzie există un risc de neimplementare a proiectului.

Consideră că nesemnarea contractului ca urmare a raportului de atribuire și începerea efectivă a proiectării și a lucrărilor va duce la rămânerea fără finanțare, iar autoritatea contractantă nu are fonduri proprii pentru susținerea investiției, lăsând contractul fără obiect.

Ca urmare a celor precizate mai sus, autoritatea susține că comisia de evaluare a analizat la toate ofertele cu maximă rigurozitate toate aspectele care au ținut de calificare, tehnic și financiar pentru a evita neimplementarea proiectului și pierderea finanțării efective, în special aspecte ca existența unor constatatoare negative și a circumstanțelor în care au fost emise precum și nejustificarea unor prețuri neobișnuit de mici în anul 2022, mult sub valoarea estimată, care a fost realizată la nivelul anului 2018.

Prin urmare, consideră contestația formulată ca fiind neîntemeiată și nefondată.

În concluzie, față de argumentele menționate anterior, solicită respingerea contestației depusă de SC SRL ca fiind nefondată și menținerea raportului procedurii astfel cum este acesta elaborat.

Prin contestația nr. 137/04.04.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 17496/05.04.2022, SC SA critică raportul procedurii nr. 2667/28.03.2022 privind respingerea ofertei sale ca neconformă.

Contestatorul precizează că anterior a formulat contestație la documentația de atribuire în fața CNSC, contestație care a fost admisă și s-a dispus înlăturarea aspectelor nelegale. Printre aspectele reținute de către CNSC susține că a fost inclusiv acela că SC SRL a fost societatea care a întocmit Studiul de Fezabilitate în cauză și documentația procedurii a fost întocmită astfel încât să avantajeze această societate care era singura care putea livra produse cu caracteristicile stabilite în cadrul Studiului de Fezabilitate.

Astfel, susține că în această procedură s-a stabilit deja cu autoritate de lucru judecat că UAT Orașul a avantajat ofertantul SC SRL.

În continuare contestatorul precizează că va demonstra că autoritatea contractantă a declarat în mod nelegal oferta sa ca fiind inacceptabilă și neconformă cu încălcarea evidentă a temeiurilor legale în același scop al avantajării ofertei SC SRL care a depus singura ofertă declarată admisibilă, deși prețul ofertei acesteia este mult mai mare decât prețul propus de el.

I. Contestatorul susține că solicitarea de clarificări nr. 2172/14.03.2022 a fost întocmită insuficient de clar, explicit și detaliat, astfel încât răspunsul său nu putea fi mai clar și mai detaliat decât solicitarea adresată.

Astfel, prin solicitarea de clarificări înregistrată sub numărul 2172/14.03.2022, autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări apreciind oferta sa ca având un preț neobișnuit de scăzut.

În opinia sa această cerere de clarificări nu a fost, astfel cum se impune prin lege, întocmită să fie clară și să definească în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare.

În susținere invocă dispozițiile art. 134 și art. 136 din HG nr. 395/2016.

Având în vedere cele prezentate contestatorul concluzionează:

- 1. Pentru a fi justificată o solicitare de clarificări în privința prețului neobișnuit de scăzut, trebuie utilizate informații de referință cum ar fi: buletine statistice, sau cotații ale burselor de mărfuri. Or în speță nu se invoca astfel de informații de referință și deci nu există temeiul ca autoritatea contractantă să solicite clarificări din acest punct de vedere.

2. Chiar și dacă ar fi existat temeiul solicitării acestor clarificări, solicitarea de clarificări trebuie să fie clară și să definească în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare.

Astfel, arată că atât legiuitorul cât și jurisprudența au stabilit că nu poate fi admis că „s-ar fi instituit automat în favoarea autorității contractante a unei puteri de apreciere absolute cu privire la calificarea acestuia din moment ce aceasta este ținută să respecte: scopul Legii nr. 98/2016 definit în art. 2 alin. 1, principiul eficienței în cheltuirea fondurilor publice consacrat de Legea nr. 500/2002 și să raporteze suma ofertată la prețul pieței”. - Curtea de apel

S-a legiferat deci și reținut în practica judiciară că autoritatea contractantă trebuie să aibă motive serioase pentru a considera un preț neobișnuit de scăzut, motive independente de aprecierea sa, motive care au temeiuri obiective - cum este cazul celor indicate în lege - buletine statistice, cotații bursiere, și nu simpla apreciere.

Mai mult, în situația în care se ajunge la o astfel de justificare a unei solicitări de clarificări, consideră că aceasta la rândul ei trebuie formulată astfel încât să fie foarte clară, explicită și detaliată și astfel să dea șansa rezonabilă ofertantului de a răspunde în concret și înlătura dubiul cu privire la oferta sa.

Prin urmare, în lipsa unei astfel de formulări, la rândul sau autoritatea nu poate invoca neclaritatea și insuficiența răspunsului la o solicitare insuficient de explicită și detaliată.

În speță, în opinia sa este mai mult decât evident că solicitarea de clarificări formulată de către autoritatea contractantă este una formulată general, mai mult, nu se indică în concret care preț ar trebui justificat, care activitate din cele ce fac obiectul contractului este necesar a fi justificată din punct de vedere al ofertei financiare, care element de preț este neobișnuit de scăzut.

Astfel, susține că jurisprudența a stabilit că sintagma „preț nejustificat” nu se poate extinde asupra întregii oferte, ci este necesar a se indica în concret care este prețul, elementul de preț asupra căruia planează suspiciunile, nefiind admisibilă referirea generală la întreaga ofertă ca având un preț nejustificat.

În acest sens susține că inclusiv legiuitorul a înțeles să stabilească atât că:

- Ceea ce poate fi obiectul unei solicitări este un preț și nu întreaga valoare a ofertei, întreaga propunere financiară, ci un preț, adică un element din oferta financiară, nu întreaga ofertă;

- se impune a se detalia, explicita și indica în concret care este elementul ce face obiectul solicitării.

Astfel, arată că solicitarea autorității contractante este formulată insuficient de clar, detaliat și explicit, se referă și se raportează la întreaga ofertă financiară și nu la un preț din cadrul acesteia și nu putea deci primi un răspuns mai detaliat și mai concret și deci răspunsul său nu putea fi considerat insuficient astfel încât să se poată declara oferta ca inacceptabilă și neconformă.

În acest sens, arată că din solicitarea autorității se observă:

- la pagina 1 jos, pagina 2 sus, copiază integral art. 210 alin. (2), deci nicio detaliere sau claritate sau explicație;

- în pagina 2 când pretinde că indică componentele de preț considerate neobișnuite reia oferta sa financiară în integralitatea sa, deci nu indică un element din ofertă, un anumit preț, ci reia integral rezumatul ofertei sale financiare.

Astfel, consideră că în speță nu poate fi reținut niciunul dintre cazurile - art. 134 alin. (5) sau 136 alin. (3) întrucât:

- nu se poate invoca lipsa de concludență în condițiile în care solicitarea la rândul ei nu era detaliată, explicită și clară, în condițiile unei astfel de solicitări, nu putea fi oferit un răspuns mai concludent: „clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă”.

- nu se poate invoca lipsa unei justificări corespunzătoare în condițiile în care nu este cererea justificată: „În cazul în care ofertantul nu prezintă comisiei de evaluare informațiile și/sau documentele solicitate sau acestea nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse, oferta va fi considerată neconformă”.

II. În speță, autoritatea nu a respectat nici condițiile legale de a declara ca inacceptabilă și neconformă oferta sa.

Pentru a se reține inacceptabilitatea ofertei sale contestatorul consideră că trebuia să se constate că propunerea financiară are un preț sau conține costuri neobișnuit de scăzute raportat la lucrările, produsele sau serviciile solicitate astfel încât nu se poate îndeplini contractul la parametrii solicitați.

Contestatorul evidențiază următoarele:

- în speță nu s-a susținut și probat astfel motivat elementele de preț care nu ar fi raportate la lucrările sau produsele procedurii;

- nu s-a motivat și probat că nu s-ar putea asigura îndeplinirea contractului la parametrii solicitați.

De altfel, consideră că nu s-a ținut cont de specificul procedurii, motiv pentru care arată că a invocat în răspunsul său că în documentele procedurii nu sunt indicate elemente de calcul suficiente astfel încât să

poată detalia mai explicit oferta financiară, că documentele procedurii însele nu prezintă măsurători suficiente sau calcule suficiente astfel încât să poată detalia oferta în cel mai mic aspect al său, dar că oferta sa este una cu un preț forfetar:

- „să realizeze toate operațiunile/lucrările necesare îndeplinirii fiecărui produs din Centralizatorul financiar, la nivelul de calitate și performanță impus de documentația de atribuire, riscul de cantități fiind preluat, prin urmare, de Ofertant”

- indicând totodată și că „Pe baza cantităților aprobate se vor prezenta prețurile unitare defalcate, care cumulate vor reprezenta prețul forfetar, acesta nefiind afectat și rămânând ferm, conform ofertei prezentate în cadrul procedurii de atribuire”.

În continuare contestatorul reia un extras din răspunsul său:

„Autoritatea contractantă utilizează pentru realizarea obiectivului un format de procedură de achiziție pentru un contract ce include atât Realizarea proiectului tehnic, cât și execuția lucrărilor de către Antreprenor. Tehnologiile de execuție prezentate la această fază (ofertare) au drept scop doar fundamentarea propunerii financiare pe baza informațiilor și cerințelor din documentația de atribuire. Trebuie avut în vedere faptul că informațiile din caietul de sarcini și studiul de fezabilitate nu pot fi la fel de detaliate, în comparație cu cele rezultate dintr-un proiect tehnic, iar elaborarea listelor de cantități, cu întocmirea devizelor pe categorii de lucrări se va realiza abia la faza de proiectare. Astfel s-a avut în vedere descrierea soluției tehnice conceptuale aferentă opțiunii selectate la nivelul studiului de fezabilitate și au fost prezentate rezultatele urmărite (specificații de performanță care trebuie atinse, fără a se indica metoda de lucru pentru realizarea lucrărilor aferente. Propunerea financiară a fost întocmită conform cerinței din documentația de atribuire și are la bază sume forfetare care corespund pachetelor/categoriilor de activități aferente implementării investiției. Conform acestei abordări SA este de acord ca pentru un preț forfetar (fix) să realizeze toate operațiunile/lucrările necesare îndeplinirii fiecărui produs din Centralizatorul financiar, la nivelul de calitate și performanță impus de documentația de atribuire, riscul de cantități fiind preluat, prin urmare, de Ofertant. După semnarea contractului se va elabora Proiectul tehnic și listele de cantități calculate pe baza proiectului și se vor supune aprobării beneficiarului. Pe baza cantităților aprobate se vor prezenta prețurile unitare defalcate, care cumulate vor reprezenta prețul forfetar, acesta nefiind afectat și rămânând ferm, conform ofertei prezentate în cadrul procedurii de atribuire”.

Invocând dispozițiile art. 210 din Legea nr. 101/2016 contestatorul susține că autoritatea contractantă avea obligația de a respinge oferta numai dacă nu se justifica corespunzător nivelul scăzut al prețului sau costurilor, neavând deci dreptul de a înlătura oferta sa cât timp s-a făcut justificarea.

Or el a produs această justificare în limitele în care documentele procedurii însele au permis această justificare, astfel el a detaliat prețul cât a permis documentația (în lipsa unor indicări concrete de cantități, volume el nu putea deci inventa astfel de date), a atașat răspunsului său la clarificări atât:

- justificarea detaliată a elementelor de cost, atât cât actele procedurii i-au permis să o elaboreze;

- Prețurile materialelor ce vor fi puse în operă cu oferta furnizorului și angajamentul acestuia;

- Extras REVISAL prin care a justificat costul cu personalul. El a depus astfel toate eforturile în a clarifica elementele de preț, cu bună credință, ba mai mult, a arătat că în lipsa altor date din documentele achiziției nu poate detalia elementele de preț mai mult decât au fost elaborate în oferta sa.

De asemenea, susține că a indicat că oferta nu poate fi întocmită detaliat în lipsa elementelor de calcul pe volume și cantități (care nu i-au fost oferite) și că numai după proiectare se pot stabili cantitățile în concret.

Și-a asumat cantităților odată ce vor fi elaborate în cadrul fazei de proiectare.

Contestatorul arată în acest sens că are sau a avut în desfășurare sute de contracte similare și nu există nici măcar un singur caz în care să nu se fi dus la bun sfârșit un contract, astfel încât prezintă toate garanțiile că va respecta și în acest caz angajamentul și prețul forfetar indicat sub riscul său.

Totodată arată că raportul procedurii nu conține la rândul său motivarea concretă a înlăturării ofertei sale - astfel nu se motivează care este elementul de preț nejustificat, unde anume oferta sa financiară nu este corespundență documentației tehnice și cum nu se pot atinge parametrii solicitați.

Contestatorul insistă a se avea în vedere că în speță lipsește din documentația tehnică centralizatorul cu lucrările ce urmează a fi executate, or în lipsa unei astfel de centralizări, nu se poate invoca nerespectarea volumului de lucrări sau a unei subevaluări a lucrărilor. Efectiv, consideră că în lipsa unor detalii concrete, nu se poate efectua de către autoritatea contractantă un control ante asupra modului de constituire a prețului.

Altfel, în aceste condiții consideră că formularea unor solicitări de clarificări generale, nu poate conduce la un răspuns mai detaliat.

III. Invoca și lipsa de proporționalitate, încălcarea principiului nediscriminării și a principiului tratamentului egal, oferta sa fiind structurată, alcătuită de aceeași manieră ca și oferta declarată admisibilă și câștigătoare, astfel autoritatea contractantă a avantajat încă o dată societatea care a elaborat și studiul de fezabilitate și a înlăturat cu

intenție și fără justificare oferta sa pentru motive false, deși oferta declarată câștigătoare este la rândul ei redactată similar.

Solicită astfel Consiliului să compare elementele de compunere ale celor două oferte, să aibă în vedere și documentația procedurii și cerințele din această documentație, să aibă în vedere că procedura presupune și o fază de proiectare în care se vor elabora cantitățile și volumele în concret, să aibă în vedere că a oferat un preț forfetar sub riscul asumat de a presta pentru acest preț forfetar indiferent de volumul care va reieși.

Solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Prin adresa nr. 2297/06.04.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 18223/07.04.2022 SC SA a depus recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207968809/1 tranzacția 1193614962/ 2013136971 din data de 04.04.2022 în valoare de 88.000,00 lei emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria.

Prin adresa nr. 3114/08.04.2022, înregistrată la CNSC cu nr. 18489/08.04.2022 autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere față de contestația SC SA solicitând respingerea acesteia ca nefondată.

Autoritatea contractantă arată că prin contestația formulată de SC SRL, ofertantul face aprecieri evazive, nesustținute corect și temeinic din punct de vedere financiar, juridic sau prin documente justificative în acest sens, motivând respingerea ofertei sale ca fiind „nelegală” sau „în condițiile în care ofertantul a răspuns solicitării de clarificări”, fără însă a proba, argumenta sau a explica în mod concret solicitările de clarificări ale autorității contractante.

În opinia sa, simpla depunere a unor răspunsuri la solicitările de clarificări, fără însă ca acestea să fie concludente, nu obligă autoritatea contractantă să considere cerințele îndeplinite. Îi este greu să creadă că un ofertant de anvergură și cu cartea de vizită a contestatorului, cu o vechime substanțială în derularea de proceduri de achiziții publice, nu a înțeles solicitările comisiei de evaluare, transmițând astfel răspunsuri neconcludente. Faptul că un ofertant nu răspunde concludent la solicitările de clarificări nu obligă autoritatea contractantă să solicite clarificări repetate, în condițiile în care solicitările au fost clare. Însuși legiuitorul, prin prisma prevederilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, aprobată cu modificările și completările ulterioare, reglementează „obligația” și nu „dreptul” comisiei de evaluare de a respinge ca inacceptabile ofertele și nu de a solicita clarificări repetate asupra aceluiași aspecte.

Autoritatea contractantă arată că, conform fișei de date a achiziției, Secțiunea IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare: „Propunerea financiară va fi întocmită în conformitate cu listele de cantități de lucrări din SF (se vor respecta încadrările în normele de deviz

și consumurile de resurse) și va cuprinde toate elementele necesare cuantificării valorice a lucrărilor.

Autoritatea susține că a fost depus Formularul de ofertă, în care declară că execută lucrările care fac obiectul contractului pentru suma de 9.450.000 lei fără TVA, fiind prezentată și o defalcare a formării prețului: „1 Examinând documentația de atribuire, subsemnații, reprezentanți ai ofertantului SC SA ne oferim ca în conformitate cu prevederile și cerințele cuprinse în documentația mai sus menționată să prestăm servicii și să executăm Servicii de proiectare și execuția lucrărilor aferente obiectivului de investiție „MODERNIZAREA/ REABILITAREA SISTEMULUI DE ILUMINAT PUBLIC PENTRU ORAȘUL, JUDEJUL” din cadrul Proiectului: „CREȘTEREA EFICIENȚEI ENERGETICE A SISTEMULUI DE ILUMINAT PUBLIC ÎN ORAȘUL, JUDEȚUL” pentru suma totală de 9.450.000,00 lei (nouă milioane patru sute cinci zeci de mii lei), fără TVA, după cum urmează:

- Documentațiile tehnice necesare în vederea obținerii avizelor/ acordurilor/autorizațiilor 50.000,00 lei (Cap.3.5.4)
- Proiect tehnic și detalii de execuție: 125.000,00 lei (Cap 3.5.6),
- Asistență tehnică din partea proiectantului: 13.500,00 lei (Cap.3.8.1).
- Construcții și instalații 8.339.000.00 (Cap.4 1).
- Montaj utilaje, echipamente tehnologice și funcționale: 15.000,00 lei (Cap 4 2).
- Utilaje echipamente și funcționale care necesită montaj: 880.000.00 (Cap 4.3).
- Pregătirea personalului de exploatare 7.500,00 lei (Cap 6.1),
- Probe tehnologice și teste: 20.000,00 lei (Cap.6.2).

Autoritatea contractantă precizează că propunerea financiară se referă la întregul obiect al contractului și toate componentele descrise în propunerea tehnică sunt acoperite prin prețuri în propunerea financiară.

De asemenea, arată că prin formularul de ofertă, ofertantul se angajează să presteze serviciile de proiectare în 3 luni, respectiv să execute lucrările în termen de 9 luni, iar valabilitatea ofertei este de 183 de zile (08.08.2022) de la termenul limită de depunere a ofertelor.

Totodată precizează că propunerea financiară conține și:

- centralizatorul cheltuielilor pe obiectiv - FI;
- centralizatorul cheltuielilor pe obiect și categorii de lucrări - F2;
- grafic de preț.

Având în vedere cele de mai sus, comisia de evaluare a analizat propunerea financiară prin prisma următoarelor aspecte:

1. propunerea financiară este corelată cu propunerea tehnică;
2. nu au fost identificate erori aritmetice;
3. propunerea financiară se încadrează în valoarea estimată;
4. prețul propus este neobișnuit de scăzut în raport cu serviciile/ lucrările care constituie obiectul contractului ce urmează a fi atribuit,

propunerea financiară de 9.450.000,00 lei fără TVA reprezentând 78,49 % din valoarea estimată de 12.038.534,26 lei fără TVA.

Având în vedere faptul că valoarea contractului de 12.038.534,26 lei fără TVA, a fost estimată prin Studiul de fezabilitate elaborat în anul 2018 de către SC SRL și luând în considerare creșterile substanțiale la materiale, plus celelalte costuri care concură la executarea contractului (costuri cu combustibil, servicii, deplasare, cheltuieli personal etc.), s-a solicitat ofertantului justificarea prețului ofertat prin adresa nr. 2172/14.03.2022 cu privire la următoarele aspecte:

„Având în vedere faptul că valoarea contractului de 12.038.534,26 lei fără TVA, a fost estimată prin Studiul de fezabilitate elaborat în anul 2018 de către SC SRL, și luând în considerare creșterile substanțiale la materiale, plus celelalte costuri care concură la executarea contractului (costuri cu combustibil, servicii, deplasare, cheltuieli personal etc.), Comisia de evaluare vă solicită justificarea prețului ofertat.

Conform Fișei de date a achiziției: „În cazul în care, în evaluarea ofertelor, se constată că unele componente ale prețului sunt neobișnuit de scăzute în raport cu serviciile și/sau lucrările care constituie obiectul contractului ce urmează a fi atribuit, se vor solicita ofertantului explicații cu privire la posibilitatea îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire, respectiv clarificări cu privire la prețurile ofertate, în conformitate cu prevederile art. 210 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, coroborate cu prevederile art. 136 din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare. De asemenea, autoritatea contractantă are dreptul să solicite fundamentarea procentului de cheltuieli indirecte și/sau generale, atunci când consideră că acest procent nu poate acoperi cheltuielile de acest fel, punându-se în pericol execuția lucrării în ansamblul ei. Ofertanții au obligația ca, în răspunsul dat, să argumenteze convingător și să fundamenteze pe bază de calcule economice și prin oferte de preț de la furnizori, justificarea prețului folosit și fundamentarea economică a procentului de cheltuieli indirecte și/sau generale. În cazul în care ofertantul este și producătorul bunului al cărui preț trebuie justificat, acesta va prezenta o calculație de preț, în care va fundamenta și justifica costurile materiale ale bunului pentru care i s-a solicitat justificarea prețului, inclusiv cu oferte de la furnizorii de materiale și servicii, precum și fundamentarea procentului de cheltuieli indirecte și/sau generale, folosit în formarea prețului”.

Astfel, în conformitate cu prevederile art. 210 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, Comisia de evaluare vă solicită justificarea valorii ofertate și, implicit a componentelor de preț ale acesteia, justificări care se vor raporta la:

a) fundamentarea economică a modului de formare a prețului, prin raportare la procesul de producție, serviciile furnizate sau metodele de construcție utilizate;

b) soluțiile tehnice adoptate și/sau orice condiții deosebite de favorabile de care beneficiază ofertantul pentru furnizarea produselor sau a serviciilor ori executarea lucrărilor;

c) originalitatea lucrărilor, produselor sau serviciilor propuse de ofertant;

d) respectarea obligațiilor prevăzute la art. 51 alin. (1) din Legea nr. 98/2016;

e) respectarea obligațiilor prevăzute la art. 218 din Legea nr. 98/2016;

f) posibilitatea ca ofertantul să beneficieze de un ajutor de stat.

De asemenea, în baza prevederilor art. 136 din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, comisia de evaluare vă solicită explicații cu privire la posibilitatea îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire, respectiv asigurarea îndeplinirii contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini.

Componente de preț considerate neobișnuit de scăzute prin raportare la serviciile/lucrările care fac obiectul contractului de achiziție publică:

(.....)

Totodată, ținând cont de prețul scăzut ofertat, comisia de evaluare vă solicită indicarea, respectiv fundamentarea procentului de cheltuieli indirecte și/sau generale, astfel încât riscul de a nu acoperi cheltuielile de acest fel, să fie cât mai redus și, implicit să se evite punerea în pericol a prestării serviciilor/execuției lucrărilor în ansamblul lor.

Dvs. aveți obligația ca, în răspunsul dat, să argumentați convingător și să fundamentați pe bază de calcule economice și prin oferte de preț de la furnizori, justificarea prețului folosit și fundamentarea economică a procentului de cheltuieli indirecte și/sau generale. Explicațiile aduse de Dvs. vor fi însoțite de dovezi concludente privind elementele prevăzute la art. 210 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, precum și, după caz, documente privind prețurile ce pot fi obținute de la furnizori, situația stocurilor de materii prime și materiale, modul de organizare și metodele utilizate în cadrul procesului de lucru, nivelul de salarizare al personalului ofertantului, performanțele și costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru”.

Autoritatea contractantă susține că, în urma evaluării răspunsului nr. 506371.9134/15.03.2022 la solicitările de clarificări, transmis de ofertantul SA, în termenul solicitat, semnat cu semnătură electronică, bazată pe un certificat digital emis de un furnizor acreditat, comisia de evaluare a concluzionat următoarele:

- prin răspunsul său, ofertantul precizează următoarele: „În primul rând, dorim să facem precizarea că autoritatea contractantă utilizează pentru realizarea obiectivului un format de procedură de achiziție pentru un contract ce include atât Realizarea proiectului tehnic, cât și execuția lucrărilor de către Antreprenor. Tehnologiile de execuție prezentate la această fază (ofertare) au drept scop doar fundamentarea propunerii financiare pe baza informațiilor și cerințelor din documentația de atribuire. Trebuie avut în vedere faptul că informațiile din caietul de sarcini și studiul de fezabilitate nu pot fi la fel de detaliate, în comparație cu cele rezultate dintr-un proiect tehnic, iar elaborarea listelor de cantități, cu întocmirea devizelor pe categorii de lucrări se va realiza abia la faza de proiectare. Astfel s-a avut în vedere descrierea soluției tehnice conceptuale aferentă opțiunii selectate la nivelul studiului de fezabilitate și au fost prezentate rezultatele urmărite (specificații de performanță care trebuie atinse, fără a se indica metoda de lucru pentru realizarea lucrărilor aferente. Propunerea financiară a fost întocmită conform cerinței din documentația de atribuire și are la bază sume forfetare care corespund pachetelor/ categoriilor de activități aferente implementării investiției. Conform acestei abordări SA este de acord ca pentru un preț forfetar (fix) să realizeze toate operațiunile/lucrările necesare îndeplinirii fiecărui produs din Centralizatorul financiar, la nivelul de calitate și performanță impus de documentația de atribuire, riscul de cantități fiind preluat, prin urmare, de Ofertant. După semnarea contractului se va elabora Proiectul tehnic și listele de cantități calculate pe baza proiectului și se vor supune aprobării beneficiarului. Pe baza cantităților aprobate se vor prezenta prețurile unitare defalcate, care cumulate vor reprezenta prețul forfetar, acesta nefiind afectat și rămânând ferm, conform ofertei prezentate în cadrul procedurii de atribuire.

Referitor la solicitarea dvs. prezentăm anexat (Anexa 1) justificarea ofertei financiare prin prezentarea valorii ofertate, și implicit a componentelor de preț ale acesteia, precum și indicarea procentelor de cheltuieli indirecte și profit.

Prezentăm anexat prețurile obținute de la furnizori pentru principalele echipamente și materiale ce vor fi puse în operă (Anexa 2), precum și extrase REVISAL pentru justificarea cheltuielilor cu manopera (Anexa 3).”

- a fost depusă Anexa 1 - detalierea ofertei financiare:

- (....)

- a fost depusă oferta comercială nr. 1907-BN-202202-1-1 din data de 03/02/22 din partea Schreder, în euro, nesemnată și cu termen de valabilitate 30 zile, adică până în data de 4 martie 2022 inclusiv;

- a fost depusă oferta nr. 2753/02.02.2022 din partea S....., în Euro, nesemnată și cu termen de valabilitate de 5 zile după care trebuie reconfirmată;

- a fost depusă oferta de preț de la SRL, fără dată, fără semnătură și fără termen de valabilitate;
- a fost depusă oferta FN/28.01.2022 din partea ARC, semnată și cu termen de valabilitate de 10 zile, adică până în data de 06.02.2022;
- a fost depus Extras REVISAL de unde reies cheltuielile cu salarizarea personalului;
- a fost depusă declarația Schreder adresată SC SA privind partea/părțile din propunerea tehnică și financiară care au caracter confidențial.

Din analiza răspunsului depus, autoritatea arată că comisia de evaluare a constatat următoarele:

1. Din ofertele prezentate pentru principalele echipamente și materiale ce vor fi puse în operă, rezultă că acestea au fost emise cu termen de valabilitate restrâns, astfel, NU există certitudinea că prețurile care au stat la baza elaborării ofertei vor fi aceleași și la punerea în operă, respectiv în execuția lucrărilor, nefiind astfel asigurată fezabilitatea și sustenabilitatea prețului propus.

Evaluarea ofertelor și, implicit, a propunerilor financiare, de către comisia de evaluare trebuie să fie temeinică, sub toate aspectele acesteia, și să se bazeze pe probe concludente, iar nu pe elemente insuficiente/neclare sau incerte care nu permit realizarea unei evaluări obiective a ofertelor. Anterior finalizării evaluării ofertelor, comisia de evaluare trebuie să stabilească cu exactitate dacă propunerile financiare depuse sunt reale și ferme. Ori, din documentele depuse de ofertant în justificarea prețului NU sunt certe, fiind bazate pe oferte neasumate de furnizori și cu termene de valabilitate reduse.

Având la bază cele invocate, arată că comisia de evaluare constată că, prin documentele incerte depuse, NU JUSTIFICĂ în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse, astfel oferta este considerată neconformă în baza prevederilor art. 136 alin. (3) din HG nr. 395/2016, aprobată cu modificările și completările ulterioare.

2. În ceea ce privește mențiunea din Fișa de date a achiziției: „(...) De asemenea, autoritatea contractanta are dreptul sa solicite fundamentarea procentului de cheltuieli indirecte și/sau generale, atunci când consideră că acest procent nu poate acoperi cheltuielile de acest fel, punându-se în pericol execuția lucrării în ansamblul ei. Ofertanții au obligația ca, în răspunsul dat, să argumenteze convingător și să fundamenteze pe bază de calcule economice și prin oferte de preț de la furnizori, justificarea prețului folosit și fundamentarea economică a procentului de cheltuieli indirecte și/sau generale. În cazul în care ofertantul este și producătorul bunului a cărui preț trebuie justificat, acesta va prezenta o calculație de preț, în care va fundamenta și justifica costurile materiale ale bunului pentru care i s-a solicitat justificarea prețului, inclusiv cu oferte de la furnizorii de materiale și servicii, precum

și fundamentarea procentului de cheltuieli indirecte și/sau generale, folosit în formarea prețului”, de care ofertantul avea cunoștință încă din faza de ofertare, autoritatea susține că comisia de evaluare a constatat că acesta a ales să se limiteze doar la a indica procentul și să nu prezinte nicio detaliere/descriere a componenței acestora, nefiind astfel fundamentat economic procentul de cheltuieli indirecte, conform cerinței. Mai mult, autoritatea susține că SC SA a depus contestație la documentația de atribuire, iar cerința menționată anterior nu a făcut obiectul contestației, astfel, acesta a considerat justificată mențiunea din fișa de date a achiziției, deci, implicit solicitarea comisiei de evaluare în faza evaluării ofertelor financiare de solicitare a fundamentării economice a procentului de cheltuieli indirecte. Ori, prin răspunsul său, ofertantul nu a răspuns solicitării comisiei de evaluare, astfel oferta este considerată inacceptabilă, conform prevederilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare. „În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/ completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă”.

3. În ceea ce privește afirmația ofertantului că, prin depunerea extrasului REVISAL, sunt justificate cheltuielile cu manopera, comisia de evaluare constată că NU au fost detaliate toate cheltuielile cu personalul (salarizare, cheltuieli deplasare, cazare, diurnă etc.), din extrasul REVISAL depus rezultă doar salariul lunar brut, răspunsul fiind neconcludent astfel oferta este considerată inacceptabilă, conform prevederilor art.134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Autoritatea contractantă precizează că în luarea deciziei de solicitare a justificării prețului ofertat, comisia de evaluare a luat în considerare atât prevederile documentației de atribuire cât și legislația incidentă din domeniul achizițiilor publice.

Astfel, din formularea prevederilor art. 210 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 coroborate cu prevederile art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, susține că rezultă că enumerarea documentelor prevăzute la art. 210 alin. (2) lit. a) - f) nu este limitativă, ci exemplificativă, sintagma „clarificările (...) se pot referi în special la (...)”, nefiind de natură a interzice autorității contractante solicitarea altor documente (cum ar fi justificarea cotei de cheltuieli indirecte), în măsura în care membrii comisiei de evaluare constată că acestea sunt necesare pentru evaluarea ofertelor.

În opinia sa justificarea prețului ofertat înseamnă prezentarea de elemente concrete de formare a prețului și chiar documente care să

conțină costurile avute în vedere pentru îndeplinirea contractului în cauză și care să permită, în final verificarea corectitudinii prețului oferat.

Astfel, cheltuielile indirecte reprezintă, în principal, cheltuieli proprii ale executantului, necesare pentru executarea lucrărilor de investiții/intervenții, nefiind, astfel, o valoare arbitrar aleasă, cum este profitul, ci una bine determinată de structura organizatorică din cadrul entității ofertante.

În urma evaluării propunerilor financiare și pe baza informațiilor prezentate de ofertanți, comisia de evaluare a concluzionat următoarele: „În urma analizării propunerilor financiare a fost respinsă oferta depusă de SA, din motivele invocate mai sus, astfel:

- NU JUSTIFICĂ în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse, astfel oferta este considerată neconformă în baza prevederilor art. 136 alin. (3) din HG nr. 395/2016 aprobată cu modificările și completările ulterioare;

- ofertantul nu a răspuns solicitării comisiei de evaluare, astfel oferta este considerată inacceptabilă, conform prevederilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare.

- răspunsul este neconcludent astfel oferta este considerată inacceptabilă, conform prevederilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare”.

Prin urmare, consideră contestația formulată de SC SA, ca fiind neîntemeiată și nefondată, nefiind susținută de niciun argument legal ori tehnic.

În concluzie, față de argumentele menționate anterior, solicită respingerea contestației depusă de SC SA, ca fiind nefondată și menținerea raportului procedurii astfel cum este acesta elaborat.

Prin adresa nr. 98/14.04.2022 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 19617/15.04.2022 SC SRL, formulează cerere de intervenție accesorie în sprijinul autorității contractante, solicitând respingerea contestațiilor formulate de SC SRL și SC SA.

Intervenientul arată că interesul său în soluționarea dosarului având ca obiect contestația formulată în prezenta cauză, este unul evident, fiind reprezentat de faptul că aceasta a fost declarată câștigătoare procedurii de achiziție publică.

În acest sens, arată că el pretinde un drept în strânsă legătură cu actele emise de autoritatea contractantă ce fac obiectul controlului de legalitate în fața CNSC, respectiv dreptul de a semna și executa contractul de achiziție publică.

De asemenea, susține că interesul intervenientului în prezenta procedură jurisdicțională este cu atât mai justificat cu cât prin contestația SC SA ce face obiectul dosarului nr. 833/C1/2022 CNSC se aduc critici cu privire la oferta sa, susținându-se că și-a creat un avantaj nelegal.

Prin urmare, consideră că sunt îndeplinite toate condițiile de admisibilitate prevăzute la art. 61 alin. (3) din N.C.P.C. privind cererea de intervenție accesorie în sprijinul/apărarea autorității contractante, atât pentru contestația SC SRL cât și pentru contestația SC SA.

Prin urmare, solicită admiterea în principiu a prezentei cereri de intervenție și, pe cale de consecință, să se dispună introducerea în cauză a operatorului economic SC SRL, în calitate de intervenient atât în dosarul cu nr. 831/C1/2022 cât și în dosarul cu nr. 833/C1/2022 de pe rolul CNSC.

Referitor la contestația formulată de SC SRL intervenientul susține că analizând raportul procedurii nr. 2667/ 28.03.2022 se constată că oferta depusă de SC SRL a fost respinsă ca inacceptabilă, în temeiul art. 137 alin. (2), lit. b) din HG nr. 395/2016, nefiind îndeplinită cerința minimă de calificare privind neîncadrarea ofertantului în situațiile prevăzute de art. 167 din Legea 98/2016, oferta fiind exclusă din prezenta procedură în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) și art. 169 din Legea nr. 98/2016.

Cu privire la acest aspect arată că circumstanțele care atrag incidența art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, constau în încălcarea gravă a obligațiilor principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, iar aceste încălcări au dus la rezilierea unilaterală a contractului din partea autorității contractante respectiv plata de daune-interese, aspecte consemnate în Documentul constatatator nr. 39030/16.11.2021 emis de ORAȘUL C.....

Analizând dovezilor privind demonstrarea credibilității de către contestator, intervenientul evidențiază Consiliului faptul că în raportul procedurii se consemnează rezultatul procesului de evaluare și nicidecum analiza tuturor dovezilor administrate de ofertanți, Ordinul ANAP nr. 1170/2021 fiind clar sub aspectul informațiilor ce trebuie cuprinse, sub sancțiunea nulității, în raportul procedurii. Considerentele ce au condus la decizia comisiei de evaluare se consemnează în cuprinsul proceselor verbale de evaluare/rapoartelor intermediare, nefiind necesar preluarea tuturor

Prin urmare, consideră că nu se pot reține de Consiliu criticile SC SRL, fiind evident că autoritatea contractantă a analizat aspectele menționate de acesta în cuprinsul formularului DUAE, fiind reținută incidența art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 și, în mod implicit, că măsurile adoptate de contestator ulterior emiterii documentului constatatator, nu garantează executarea obligațiilor din cadrul contractului ce urmează a fi atribuit.

Altfel spus, implementarea unui sistem CRM-CAS în scopul optimizării activității; conștientizarea angajaților de riscurile aferente derulării contractelor de achiziție publică; măsuri de reorganizare internă a activității respectiv selecția mai riguroasă a partenerilor contractuali,

nu reprezintă dovezi în măsură să justifice credibilitatea contestatorului, acestea neîncadrându-se în categoria măsurilor prevăzute de art. 171 alin. 1 și 3 din Legea nr. 98/2016.

În acest sens, evidențiază Consiliului faptul că potrivit art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, măsurile concrete ce pot fi avute în vedere pentru demonstrarea credibilității constau în „efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate”, „adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător” și „adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor alte fapte ilicite”.

În prezenta cauză, prin documentul constatator nr. 39030/16.11.2021 emis de ORAȘUL, s-a stabilit între altele daune interese în sumă de 89.211,52 lei, față de care nu s-a administrat nicio probă din care să rezulte plata.

Totodată, arată că nu s-a administrat nicio probă privind cercetarea disciplinară și/sau alte măsuri de eliminare a legăturilor cu persoanele implicate în comportamentul necorespunzător, altfel spus concedierea persoanelor responsabile pentru faptele ce au condus la rezilierea contractului de lucrări încheiat cu

Conchizând, arată că deși contestatorul nu a administrat nicio probă care să se încadreze în categoria dovezilor susceptibile să demonstreze credibilitatea astfel cum sunt definite de art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, acesta critică în mod neîntemeiat actele emise de autoritate, susținând că nu a existat o analiză din partea comisiei de evaluare sub acest aspect.

Mai mult, evidențiază și faptul că actul prin care s-a dispus rezilierea unilaterală a contractului de lucrări emis de ORAȘUL reprezintă un veritabil act administrativ potrivit art. 2 alin. (1) lit. c¹ din Legea nr. 554/2004 fiind emis în cadrul unui contract administrativ.

Astfel fiind, precizează că orice act administrativ se bucură de prezumția de legalitate și produce efecte juridice de la momentul comunicării beneficiarului, potrivit art. 528 alin. (3) din Codul Administrativ, iar existența unui litigiu între emitent și beneficiarul actului administrativ nu este susceptibil să suspende sau să înlăture efectele pe care le produce.

De asemenea, arată că contestarea în instanță a documentului constatator respectiv a actului prin care s-a dispus rezilierea unilaterală a contractului nu reprezintă o dovadă care să demonstreze credibilitatea contestatorului, nefiind enumerată în cuprinsul art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Prin urmare, faptul că decizia de reziliere a contractului reținut prin documentul constatator nu este definitivă, reprezintă un argument lipsit de relevanță în prezenta cauză.

De asemenea, insinuarea potrivit căreia ORAȘUL ar fi decis rezilierea unilaterală anticipată a contractului de lucrări de mai sus pe motiv că SC SRL nu ar fi prezentat „graficul general de realizare a investiției”, în opinia sa nu este conformă cu realitatea.

Analizând documentul constatator în cauză, cap. 6. „Contractul a fost îndeplinit în mod corespunzător”, intervenientul susține că se poate constata cu ușurință faptul că motivul rezilierii a constat în faptul că „Executantul SRL, nu a demarat executarea lucrărilor ce fac obiectul investiției deși ordinul de începere a fost emis de Achizitor prin adresa nr. 26618/13.08.2021 respectiv executantul SRL a refuzat să prezinte un grafic general de realizare a investiției actualizat, deși a fost notificat cu privire la acest aspect prin Adresa nr. 37084/02.11.2021”.

Practic, motivul principal care a condus la încetarea anticipată a contractului de lucrări perfectat cu ORAȘUL constă în faptul că în data de 16.11.2021 nu s-a început executarea lucrărilor de SC SRL deși ordinul de începere a lucrărilor fusese emis în data de 13.08.2021, iar potrivit anunțului de participare simplificat SCN1086642 din 28.05.2021, durata totală de execuție prevăzută a fost de 6 luni de la data ordinului de începere.

Or, în opinia sa executarea lucrărilor ce fac obiectul contractului reprezintă obligația principală asumată de SC SRL, iar faptul că după 3 luni de la momentul emiterii ordinului de începere acesta nici măcar nu a demarat executare deși durata totală de execuție era de 6 luni, reprezintă o veritabilă încălcare a obligațiilor principale asumate.

În ceea ce privește incidența dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, consideră că este evidentă îndeplinirea condițiilor legale prin emiterea documentului constatator nr. 39030 din 16.11.2021, acesta fiind emis urmare a rezilierii contractului de lucrări nr. 23452 din 19.07.2021.

Contrar susținerilor contestatorului, intervenientul precizează că pentru a se considera aplicabile dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, este suficientă îndeplinirea condiției legale „a săvârșit încălcări ce au dus la încetarea anticipată a respectivului contract”, nefiind necesară îndeplinirea cumulativă a tuturor condițiilor enumerate exemplificativ precum „plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile”.

Într-adevăr autoritatea contractantă dispune de un drept de apreciere în ceea ce privește excluderea din procedură, în cazul incidenței situațiilor prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, însă acest drept de apreciere poate fi exercitat numai în situația în care operatorii economici au adus la cunoștința comisiei de

evaluare probe ce se circumscriu art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Pentru toate aceste considerente, solicită, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respingerea contestației formulată de SC SRL, ca nefondată și, pe cale de consecință, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, menținerea tuturor actelor emise de autoritatea contractantă ca fiind temeinice și legale.

Referitor la contestația formulată de SC SA intervenientul precizează că analizând raportul procedurii se constată că oferta depusă de SC SA a fost respinsă ca neconformă, în temeiul art. 137 alin. (3), lit. g) din HG nr. 395/2016, aceasta prezentând un preț neobișnuit de scăzut în raport de ceea ce urmează a fi executat, iar răspunsul ofertantului la solicitarea de clarificări emisă în conformitate cu prevederile art. 210 din lege, nu justifică prețul ofertat.

Intervenientul arată că decizia autorității contractante de a respinge oferta contestatorului, este contestată de acesta, susținându-se în esență următoarele:

- solicitarea de clarificări nr. 2172/14.03.2022 a fost întocmită insuficient de clar, explicit și detaliat, astfel încât răspunsul acestuia nu putea fi mai clar și mai detaliat decât solicitarea adresată;

- autoritatea nu ar fi respectat „condițiile legale de a declara ca inacceptabilă și neconformă oferta (...)”, contestatorul justificând prețurile ofertate.

Intervenientul consideră tardive criticile aduse de contestator solicitării de clarificări din data de 14.03.2022.

Astfel, arată că prin contestația formulată, într-o primă fază se aduc critici solicitării de clarificări înregistrată la emitent sub nr. 2172/14.03.2022, susținându-se că aceasta nu este suficient de clară, explicită și detaliată.

În primul rând, criticile formulate de SC SA prin intermediul contestației înregistrate la Consiliu în data de 05.04.2022, împotriva solicitării de clarificări comunicate acestuia în data de 14.03.2022, în opinia sa sunt evident tardive.

În acest sens, arată faptul că solicitarea de clarificări reprezintă un veritabil „act al autorității contractante”, astfel cum este definit de art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, astfel încât controlul de legalitate al acestuia trebuia declanșat cu respectarea termenelor prevăzute de art. 8 alin. (1) lit. b) din același act normativ.

Practic, în ipoteza în care contestatorul aprecia că solicitarea de clarificări vizând justificarea prețului aparent neobișnuit de scăzut nu este suficient de clară, explicită și detaliată, trebuia să formuleze contestație până în data de 21.03.2022, ceea ce nu s-a întâmplat.

În contextul în care nu a înțeles să investească autoritățile cu atribuții în exercitarea controlului de legalitate, actul autorității devine obligatoriu atât pentru comisia de evaluare cât și pentru contestator,

acesta din urmă având obligația de a răspunde în mod concludent la toate întrebările.

În al doilea rând, intervenientul precizează că analizând susținerile din cuprinsul contestației se constată că autoritatea contractantă a solicitat contestatorului să-și justifice prețul neobișnuit de scăzut din cadrul propunerii financiare, făcându-se trimitere la dispozițiile art. 210 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, în contextul în care chiar dispozițiile art. 210 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 definesc în mod clar ce trebuie prezentat în cazul în care se constată un preț aparent neobișnuit de scăzut, iar dispoziția legală este „copiată integral” după cum susține contestatorul, intervenientul nu înțelege ce anume nu este suficient de clar, explicit și detaliat.

În mod evident, în opinia sa criticile aduse solicitării de clarificări prin care s-a solicitat justificarea prețului aparent neobișnuit de scăzut sunt și nefondate, dispozițiile legale incidente în materie prevăzând în mod expres informațiile care trebuie prezentate comisiei.

Suplimentar, evidențiază faptul că dispozițiile art. 136 alin. (2) din HG nr. 395/2016, prevăd în mod expres faptul că „Explicațiile aduse de ofertant conform prevederilor alin. (1) vor fi însoțite de dovezi concludente privind elementele prevăzute la art. 210 alin. (2) din Lege, precum și, după caz, documente privind prețurile ce pot fi obținute de la furnizori, situația stocurilor de materii prime și materiale, modul de organizare și metodele utilizate în cadrul procesului de lucru, nivelul de salarizare al personalului ofertantului, performanțele și costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru”.

Prin urmare, arată că atât solicitarea de clarificări cât și dispozițiile legale incidente în materia achizițiilor publice cuprind toate elementele pe care trebuia să le conțină răspunsul la solicitarea comisiei, ofertantul contestator neputându-se prevala de necunoașterea dispozițiilor legale.

În primul rând, criticile potrivit cărora „în documentele procedurii nu sunt indicate elemente de calcul suficiente astfel încât să putem detalia mai explicit oferta financiară”, în opinia sa reprezintă critici la documentație, vădit tardive ce nu pot face obiectul contestației la rezultat.

În ipoteza în care se aprecia că nu există „elemente de calcul suficiente”, pentru a-și întocmi propunerea financiară, contestatorul avea posibilitatea de a formula o solicitare de clarificări la documentație respectiv să conteste modul de întocmire a acesteia.

În al doilea rând, silogismul contestatorului care apreciază că autoritatea contractantă are obligația de a proba că „nu s-ar putea asigura îndeplinirea contractului la parametrii”, în opinia sa, pleacă de la premisa greșită.

În ipoteza în care se reține că un ofertant prezintă un preț aparent neobișnuit de scăzut, respectiv i se solicită acestuia fundamentarea

economică a modului de formare a prețului se instituie o prezumție relativă de neîndeplinire a contractului în parametrii de calitate prevăzuți în caietul de sarcini, prezumție ce poate fi răsturnată prin prezentarea informațiilor prevăzute de art. 210 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Altfel spus, în ipoteza în care ofertantul nu prezintă dovezi concludente privind elementele prevăzute la art. 210 alin. (2) din Lege, precum și, oferte de la furnizori, situația stocurilor de materii prime și materiale, metodele utilizate în cadrul procesului de lucru, nivelul de salarizare al personalului, performanțele și costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru, deși oferta sa prezintă un preț aparent neobișnuit de scăzut, nu răstoarnă prezumția de neexecutare, devenind incidente dispozițiile art. 137 alin. (3), lit. c) din HG nr. 395/2016.

Intervenientul arată că, atât prin răspunsul la solicitarea de clarificări cât și prin contestația formulată, se recunoaște modul superficial de întocmire a propunerii financiare, aceasta neavând la bază oferte de la furnizori, situația stocurilor de materii prime și materiale, metodele utilizate în cadrul procesului de lucru, nivelul de salarizare al personalului, performanțele și costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru ci „sume forfetare care corespund pachetelor/categoriilor de activități aferente implementării investiției”.

Prin urmare, motivul de fapt pentru care SC SA nu a fost în măsură să justifice prețul aparent neobișnuit de scăzut constă în modul superficial de întocmire a propunerii financiare, acesta estimând sume forfetare pentru categorii de activități și nicidecum având la bază cheltuielile concrete precum: materii prime, nivelul de salarizare a persoanelor implicate în activități, cheltuieli cu resurse tehnice implicate.

Concluzionând, intervenientul susține că atâta timp cât contestatorul nu a răspuns la solicitarea de clarificări vizând prețul neobișnuit de scăzut prezentând o fundamentare temeinică a modului de formare a prețului ofertat însoțită de dovezile prevăzute de art. 136 alin. (2) din HG 395/2016, în mod temeinic și legal comisia de evaluare a reținut incidența art. 137 alin. (3) lit. g) din HG nr. 395/2016, respectiv a constatat că în urma verificărilor prevăzute la art. 210 din Lege se constată că propunerea financiară are un preț sau conține costuri neobișnuit de scăzute în raport cu lucrările, produsele sau serviciile, astfel încât nu se poate asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini.

Intervenientul invocă inadmisibilitatea criticilor vagi, generale și neprobate din cuprinsul contestației precum și a cererii privind compararea elementelor de compunere ale celor două oferte.

Practic arată că fără a exista o critică probată, prin contestația formulată se investește Consiliul cu evaluarea comparativă a întregii propuneri financiare a contestatorului și propunerii financiare a intervenientului. Astfel, nicio critică punctuală nu este concret invocată și

probată, contestatorul limitându-se la a expune supoziții personale, bănuieli și informații incerte.

Solicitarea adresată Consiliului, de a proceda practic la evaluarea ofertei depuse de intervenient prin analizarea comparativă a propunerii financiare, în opinia sa este vădit inadmisibilă în raport de dispozițiile legale prevăzute de art. 26 din Legea nr. 101/2016.

Potrivit acestor dispoziții legale, Consiliul poate fi investit cu controlul legalității actelor emise de autoritatea contractantă și nicidecum cu evaluarea ofertelor depuse în cadrul procedurii, procesul de evaluare fiind exclusiv prerogativa comisiei de evaluare potrivit art. 127 din HG nr. 395/2016.

Totodată, susține că potrivit art. 10 lit. f) din Legea nr. 101/2016, contestația trebuie să fie în mod obligatoriu motivată în fapt și în drept, fiind inadmisibilă doar prezentarea unor speculații sau doar bănuieli referitoare la conținutul ofertei atacate.

În prezenta cauză, contestatorul nu a prezentat dovezi privind existența unor deficiențe la nivelul propunerii financiare prezentate de intervenient respectiv că propunerea financiară este neconformă.

Invocarea unor dispoziții legale nu echivalează cu o motivare reală, efectivă a contestației, în sensul art. 10 lit. f) din Legea nr. 101/2016. Consiliul este un organism jurisdicțional care este ținut să soluționeze o cauză în limitele investiției sale, în acord cu principiul disponibilității procesuale. Consiliul nu are posibilitatea legală de a efectua o anchetă pe cont propriu pentru a verifica dacă un ofertant îndeplinește sau nu cerințele din documentația de atribuire, ci poate doar verifica dacă raționamentul probat de contestator este corect sau nu.

Or, în speța pendinte, nu se poate discuta despre un raționament probat de contestator, pentru simplul motiv că acesta lipsește cu desăvârșire.

Referitor la presupusa avantajare a intervenientului ca urmare a întocmirii studiului de fezabilitate, acesta evidențiază faptul că oferta sa nu prezintă un preț neobișnuit de scăzut iar modul de formare a prețului ofertat are la bază cheltuielile generate de desfășurarea activităților ce fac

obiectul contractului, ofertantul intervenient incluzând în cadrul ofertei atât ofertele de la furnizori cât și cheltuielile cu manopera, resursele tehnice, transporturi, cota de indirecte și cota de profit.

În al doilea rând, intervenientul arată că chestiunea juridică cu avantajarea societății care a întocmit studiul de fezabilitate ce stă la baza documentației de atribuire a fost tranșată în nenumărate rânduri de instanțele românești, practica judiciară fiind unanimă cu privire la chestiunea juridică incidentă în cauză.

În prezenta cauză, intervenientul susține că toate documentele ce formează studiul de fezabilitate au fost publicate în SEAP atașat documentației de atribuire, ofertanții având posibilitatea de a vizita

amplasamentul respectiv de a efectua măsurătorile suplimentare necesare pentru întocmirea ofertei, prin urmare nu există niciun avantaj pentru ofertantul intervenient ca urmare a întocmirii studiului de fezabilitate.

Pentru toate aceste considerente, solicită, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respingerea contestației formulată de SC SA ca nefondată și, pe cale de consecință, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, menținerea tuturor actelor emise de autoritatea contractantă ca fiind temeinice și legale.

În drept, își întemeiază prezenta pe dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, lea Legii nr. 98/2016, ale HG nr. 395/2016, cât și a art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă.

Prin adresa nr.892/11.05.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 24442/12.05.2022 SC SRL transmite concluzii cu privire la cheltuielile de judecată în quantum de 5712 lei anexând factura A-007168/20.04.2022 și ordinul de plată nr. E2E/11.05.2022 .

Având în vedere documentele depuse în cadrul procedurii, declarate „CONFIDENȚIALE”, respectiv „documentele de calificare, propunerea tehnică și propunerea financiară inclusiv răspunsurile la solicitările de clarificări” precum și faptul că SC SRL a solicitat să i se permită accesul la dosarul al cauzei, în conformitate cu dispozițiile art. 20 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, prin adresa nr. 23229/833/C1/06.05.2022, Consiliul solicită SC SA să comunice temeiul juridic al încadrării tuturor înscrisurilor menționate de către aceasta ca fiind „confidențiale”, să justifice această încadrare și să demonstreze prin orice mijloc de probă, caracterul confidențial al documentelor și prejudiciul adus urmare a dezvăluirii acestor informații, conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Prin adresa nr. 197/12.05.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 24572/12.05.2022, SC SA răspunde solicitării Consiliului, precizând că prin declarația de confidențialitate privind oferta depusă inclusă în cadrul ofertei a demonstrat confidențialitatea propunerii tehnice, a propunerii financiare și a documentelor de calificare, declarație ce o anexează. De asemenea anexează declarația dată de Schreder România privind confidențialitatea documentelor din propunerea tehnică și financiară.

Urmare a studierii dosarului cauzei, prin adresa nr. 917/16.05.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 25137/17.05.2022, SC SRL transmite concluzii scrise.

Cu titlu preliminar, precizează că o confirmare suplimentară a faptului că evaluarea realizată de Orașul cu privire la oferta sa a înregistrat abateri de la cadrul legal, în concret, de la dispozițiile art. 171 alin. (3) indice 1 din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora aceasta avea obligația legală de a analiza dovezile prezentate de SC SRL pentru

demonstrarea credibilității în legătură cu deținerea documentului constatator, rezultă chiar din cuprinsul punctului de vedere, din conținutul căruia învederează, indubitabil, că autoritatea contractantă nu a făcut aplicarea dispozițiilor acestui articol, limitându-se doar la normele cuprinse în art. 167 alin. (1) lit. g) și art. 169 din Legea nr. 98/2016.

Confirmări ale faptului că evaluarea realizată de autoritatea contractantă cu privire la oferta sa a înregistrat abateri de la cadrul legal, respectiv de la dispozițiile art. 171 alin. (3) indice 1 din Legea nr. 98/2016 rezultă, în opinia sa, inclusiv din conținutul raportului procedurii și comunicării rezultatului procedurii, din cadrul cărora denotă, în mod indubitabil, că nu au fost evaluate măsurile luate și dovedite de operatorul economic SC SRL, ținând seama de gravitatea și circumstanțele abaterii avută în vedere.

Contestatorul susține că așa cum se poate constata chiar din conținutul punctului de vedere, autoritatea contractantă s-a limitat, exclusiv, la afirmația potrivit căreia conform documentului constatator nr. 39030/16.11.2021, SC SRL și-a încălcat, în mod grav, obligațiile principale care îi reveneau în cadrul contractului de lucrări, iar aceste lucrări au dus la încetarea anticipată a contractului și plata de daune interese sau alte sancțiuni comparabile.

Reiterează faptul că, documentul constatator nu îndeplinește condițiile cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, în sensul că, așa cum se poate constata el nu și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale. Cu alte cuvinte, neprezentarea unui grafic general de realizare a investiției nu reprezintă o obligație principală a unui contract care avea ca obiect „Lucrări de infrastructură la cartier de locuințe zona Sere (străzi, trotuare, rețea de canalizare menajeră și pluvială, rețea termică, rețea de iluminat public și casnic) - Instalații electrice SPAU și iluminat public, oraș Cernavodă, județul Constanța”.

În sensul susținerii invocă ca jurisprudență Decizia nr. 44/F-CONT din 08 aprilie 2022, pronunțată de Curtea de Apel Pitești, în dosarul 196/46/2022 (pe care o anexează în extras - Anexa nr. 1) prin care a rămasă definitivă decizia CNSC nr. 418/C11/294 din 25 februarie 2022.

Decizia invocată anterior, cu titlu de practică judiciară, susține că a fost pronunțată tot cu privire la SC SRL, în legătură cu situația de fapt generată de deținerea Documentului constatator nr. 39030/16.11.2021, Curtea de Apel Pitești evidențiind următoarele aspecte:

„Așa fiind, contrar susținerilor reclamantei, în vederea excluderii ofertei nu este suficientă, prin sine însăși doar existența situației reglementate la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege, ci trebuie văzut dacă operatorul economic, aflat în situația respectivă, s-a prevalat de acest drept și a furnizat astfel autorității dovezi prin care dorește să arate că a luat măsuri suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea, trebuie analizat, mai departe, dacă autoritatea consideră că astfel de

dovezi prezentate de operatorul economic, sunt suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității determinând autoritatea să nu excludă operatorul economic din procedura de atribuire”.

De asemenea, arată că din cuprinsul Deciziei nr. 44/F-CONT din 08 aprilie 2022, pronunțată de Curtea de Apel Pitești, invocată anterior, se învederează că măsurile luate de operatorul economic SC SRL în legătură cu deținerea documentului constatator sunt suficiente pentru a-și demonstra credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

Contrar susținerilor autorității contractante și intervenientului SC SRL, contestatorul precizează că în vederea excluderii ofertei nu este suficientă prin sine însăși, doar existența situației reglementate la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege, ci trebuie văzut dacă operatorul economic, aflat în situația respectivă, s-a prevalat de dreptul acestuia reglementat în cadrul art. 171, iar în măsura în care s-a prevalat de acest drept și a furnizat astfel de dovezi prin care dorește să arate că a luat măsuri suficiente pentru a-și demonstra credibilitatea, autoritatea contractantă are obligația legală de a analiza astfel de măsuri.

De asemenea, arată că prin prevederile de la art. 171 alin. (1), (2) și (3), legea a stabilit dreptul și posibilitatea operatorului economic de a răsturna concluziile rezultând din incidența unui caz de excludere, prin furnizarea de dovezi care să arate că măsurile pe care le-a luat sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivul de excludere, în prezența unor astfel de dovezi, pe care autoritatea contractantă să le considere suficiente, aceasta având posibilitatea legală de a nu exclude operatorul economic respectiv. Așadar, legea a reglementat posibilitatea ca, inclusiv în condițiile existenței reale a unui caz de excludere, operatorul economic să își poată demonstra, în concret, credibilitatea prin raportare la motivul de excludere, evitând astfel eliminarea sa din competiție.

În altă ordine de idei, așa cum rezultă din prevederile art. 171 din Legea nr. 98/2016, chiar și în situația incidenței cazului de excludere de la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, operatorul economic 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.

În prezenta speță, în opinia sa este indubitabil că achizițarea nu a realizat o astfel de verificare, cu privire la conduita operatorului economic SC SRL, ulterioară evenimentului care a determinat emiterea documentului constatator în discuție.

Demersul invocat de contestator este în opinia sa unul legal, necesar și obligatoriu, reprezentând aplicarea dispozițiilor legale coroborate ale art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016 și art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, iar el trebuie să permită verificarea

îndeplinirii condițiilor expres stabilite în acest scop de legiuitor, obligație care nu a fost respectată în cazul de față.

Potrivit art. 166 alin. (1) din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă are obligația de a emite documente constatatoare care conțin informații referitoare la îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către un contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, la eventualele prejudicii, iar conform alin. (8) al aceluiași articol, decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, trebuie să fie rezultatul unei analize din partea comisiei de evaluare care să reflecte îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Cu alte cuvinte, arată că decizia de respingere a unui ofertant pe baza unui document constatator, trebuie să fie precedată de o verificare obligatorie a faptului că acest document reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege. În același sens invocă și practica CNSC, reliefată prin Decizia CNSC nr. 418/C11/294 din 25 februarie 2022 pe care o anexează în extras, rămasă definitivă prin Decizia Curții de Apel Pitești, invocată anterior.

În final precizează că măsurile de remediere adoptate de el în legătură cu deținerea Documentului constatator nr. 39030/16.11.2021, detaliate în cuprinsul contestației care face obiectul acestui dosar au fost analizate și considerate ca fiind suficiente, atât de către autoritățile contractante, cât și de către CNSC și instanțele competente, susținerile sale sunt confirmate de jurisprudența anexată.

Urmare a studierii dosarului cauzei, prin adresa nr. 130/18.05.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 25659/19.05.2022, SC SRL transmite Concluzii scrise, prin intermediul cărora solicită:

- în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respingerea contestației formulată de SC SRL, ca nefondată;

- în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea 101/2016, respingerea contestației formulată de SC SA, ca nefondată;

- pe cale de consecință, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea 101/2016, menținerea tuturor actelor emise de autoritatea contractantă ca fiind temeinice și legale.

Caracterul nefondat al contestației formulate de SC SRL:

Intervenientul susține că după cum a arătat și prin cererea de intervenție, oferta depusă de SC SRL a fost respinsă ca inacceptabilă, în temeiul art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, nefiind îndeplinită cerința minimă de calificare privind neîncadrarea ofertantului în situațiile prevăzute de art. 167 din Legea nr. 98/2016, oferta fiind exclusă din prezenta procedură în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) și art. 169 din Legea nr. 98/2016.

În opinia sa, circumstanțele care atrag incidența art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 constau în încălcarea gravă a obligațiilor principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, iar aceste încălcări au dus la rezilierea unilaterală a contractului din partea autorității contractante respectiv plata de daune-interese, aspecte consemnate în Documentul constatator nr. 39030/16.11.2021 emis de Orașul Cernavodă.

Analiza dovezilor privind demonstrarea credibilității:

Criticile contestatorului SC SRL potrivit cărora autoritatea contractantă nu ar fi analizat dovezile privind demonstrarea credibilității, în opinia sa sunt vădit nefondate, aspect ce rezultă din cuprinsul ANEXEI nr. 2 la procedura simplificată cu număr de înregistrare la emitent 1235/10.02.2022.

Astfel, arată că în cuprinsul actului emis de autoritatea contractantă, se constată cu ușurință faptul că membri comisiei de evaluare au analizat incidența art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, reținând următoarele:

„În cadrul documentelor de calificare a fost depus Documentul constatator final nr. 39030/16.11.2021 conform căruia Contractul de lucrări nr. 23452/19.07.2021 Lucrări de infrastructură la cartier de locuințe zona Sere (străzi, trotuare, rețea de canalizare menajeră și pluvială, rețea termică, rețea de iluminat public și casnic) - Instalații electrice SPAU și iluminat public, oraș Cernavodă, județul Constanța”, nu a fost îndeplinit în mod corespunzător, având ca și consecință rezilierea contractului.”(...)

„În data de 10.02.2022, pe portalul Tribunalului, la „Informații dosar” există mențiuni potrivit cărora, în data de 04.02.2022, Secția I civilă, declină competența de soluționare a cererii de chemare în judecată formulată de reclamanta SRL în favoarea Secției a II-a Civilă de Contencios Administrativ a Tribunalului” (...)

„Astfel, la data limită de depunere a ofertelor - 07.02.2022 - nu exista o sentință a instanței prin care să fie suspendate efectele Documentului constatator nr.39030/16.11.2021.

Din analiza documentelor depuse în cadrul ofertei, reiese fără echivoc faptul că ofertantul SC SRL, prin depunerea ofertei, a acționat în cunoștință de cauză, respectiv a cunoscut prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, aprobată cu modificările și completările ulterioare: „(...) Astfel, în cadrul acțiunii depuse la Tribunalul, ofertantul solicită și suspendarea efectelor Documentului constatator nr. 39030/16.11.2021, știind că, până la pronunțarea de către instanță a unei sentințe de suspendare a efectelor actului atacat, acesta produce efecte”. Având în vedere prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, aprobată cu modificările și completările ulterioare și ținând cont de faptul că Documentul constatator nr. 39030/16.11.2021 eliberat de Orașul Cernavodă, reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative

prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr.98/2016, aprobată cu modificările și completările ulterioare, comisia de evaluare exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică pe SRL (...)"

Prin urmare, intervenientul precizează că nu se pot reține de Consiliu criticile SC SRL, fiind evident că autoritatea contractantă a analizat aspectele menționate de acesta în cuprinsul formularului DUAЕ, fiind reținută incidența art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 și, în mod implicit, că măsurile adoptate de contestator ulterior emiterii documentului constatator, nu garantează executarea obligațiilor din cadrul contractului ce urmează a fi atribuit.

Lipsa de relevanță a faptului că decizia de reziliere a contractului reținut prin documentul constatator nu este definitivă.

Intervenientul susține că dispozițiile art. 166 alin. (4) din HG nr. 395/2016 prevăd că „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”.

Astfel, arată că din economia dispozițiilor legale de mai sus, rezultă în mod fără echivoc că documentele constatatoare reprezintă veritabile acte administrative, astfel cum sunt definite la art. 2 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 554/2004.

Astfel fiind, orice act administrativ se bucură de prezumția de legalitate și produce efecte juridice de la momentul comunicării beneficiarului, potrivit art. 528 alin. (3) din Codul Administrativ, iar existența unui litigiu între emitent și beneficiarul actului administrativ nu este susceptibil să suspende sau să înlăture efectele pe care le produce.

De asemenea, contestarea în instanță a documentului constatator respectiv a actului prin care s-a dispus rezilierea unilaterală a contractului nu reprezintă o dovadă care să demonstreze credibilitatea contestatorului, nefiind enumerată în cuprinsul art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Prin urmare, în opinia sa, faptul că decizia de reziliere a contractului reținut prin documentul constatator nu este definitivă, reprezintă un argument lipsit de relevanță în prezenta cauză.

Analizând documentul constatator în cauză, cap. 6. Contractul a fost îndeplinit în mod corespunzător, se poate constata cu ușurință faptul că motivul rezilierii a constat în faptul că „Executantul SRL, nu a demarat executarea lucrărilor ce fac obiectul investiției deși ordinul de începere a fost emis de Achizitor prin adresa nr. 26618/13.08.2021 respectiv executantul SRL a refuzat să prezinte un grafic general de realizare a investiției actualizat, deși a fost notificat cu privire la acest aspect prin Adresa nr. 37084/02.11.2021”.

Practic, susține că motivul principal care a condus la încetarea anticipată a contractului de lucrări perfectat cu Orașul Cernavodă constă în faptul

că în data de 16.11.2021 nu s-a început executarea lucrărilor de SC SRL deși ordinul de începere a lucrărilor fusese emis în data de 13.08.2021, iar potrivit anunțului de participare simplificat SCN1086642 din 28.05.2021, durata totală de execuție prevăzută a fost de 6 luni de la data prevăzută ordinului de începere.

Or, executarea lucrărilor ce fac obiectul contractului reprezintă obligația principală asumată de SC SRL, iar faptul că după 3 luni de la momentul emiterii ordinului de începere acesta nici măcar nu a demarat executare deși durata totală de execuție era de 6 luni, reprezintă o veritabilă încălcare a obligațiilor principale asumate.

În ceea ce privește incidența dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea 98/2016, în opinia sa este evidentă îndeplinirea condițiilor legale prin emiterea documentului constatator nr. 39030 din 16.11.2021, acesta fiind emis urmare a rezilierii contractului de lucrări nr. 23452 din 19.07.2021.

Consideră că nu se pot reține de Consiliu criticile SC SRL, fiind evident că măsurile adoptate de contestator ulterior emiterii documentului constatator, nu garantează executarea obligațiilor din cadrul contractului ce urmează a fi atribuit.

Altfel spus, implementarea unui sistem CRM-CAS în scopul optimizării activității; conștientizarea angajaților de riscurile aferente derulării contractelor de achiziție publică; măsuri de reorganizare internă a activității respectiv selecția mai riguroasă a partenerilor contractuali, nu reprezintă dovezi în măsură să justifice credibilitatea contestatorului, acestea neîncadrându-se în categoria măsurilor prevăzute de art. 171 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2016.

Arată că, în prezenta cauză, prin documentul constatator nr. 39030/ 16.11.2021 emis de Orașul Cernavodă, s-au stabilit, inter alia, daune interese în sumă de 89.211,52 LEI, față de care nu s-a administrat nicio probă din care să rezulte efectuarea de către contestator a plății sau asumarea de către acesta a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate.

Totodată, arată că nu s-a administrat nicio probă privind cercetarea disciplinară și/sau alte măsuri de eliminare a legăturilor cu persoanele implicate în comportamentul necorespunzător, altfel spus concedierea persoanelor responsabile pentru faptele ce au condus la rezilierea contractului de lucrări încheiat cu Cernavodă.

Caracterul nefondat a contestației formulate de SC SA:

Intervenientul arată că prin contestația formulată, într-o primă fază se aduc critici solicitării de clarificări înregistrată la emitent sub nr. 2172/14.03.2022, susținându-se că aceasta nu este suficient de clară, explicită și detaliată.

În opinia sa criticile formulate de SC SA prin intermediul contestației înregistrate la Consiliu în data de 05.04.2022, împotriva

solicitării de clarificări comunicate acestuia în data de 14.03.2022, sunt evident tardive.

Autoritatea contractantă a solicitat contestatorului să-și justifice prețul neobișnuit de scăzut din cadrul propunerii financiare, făcându-se trimitere la dispozițiile art. 210 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, în contextul în care chiar dispozițiile art. 210 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 definesc în mod clar ce trebuie prezentat în cazul în care se constată un preț aparent neobișnuit de scăzut, iar dispoziția legală este „copiată integral” după cum susține contestatorul, intervenientul nu înțelege ce anume nu este suficient de clar, explicit și detaliat.

Prin urmare, atât solicitarea de clarificări cât și dispozițiile legale incidente în materia achizițiilor publice cuprind toate elementele pe care trebuia să le conțină răspunsul la solicitarea comisiei, ofertantul contestator neputându-se prevala de necunoașterea dispozițiilor legale.

Criticile aduse deciziei de respingere.

Criticile potrivit cărora „în documentele procedurii nu sunt indicate elemente de calcul suficiente astfel încât să putem detalia mai explicit oferta financiară”, în opinia sa reprezintă critici la documentație, vădit tardive ce nu pot face obiectul contestației la rezultat.

În ipoteza în care se aprecia că nu există „elemente de calcul suficiente”, pentru a-și întocmi propunerea financiară, contestatorul avea posibilitatea de a formula o solicitare de clarificări la documentație respectiv să conteste modul de întocmire a acesteia.

Intervenientul arată că în ipoteza în care se reține că un ofertant prezintă un preț aparent neobișnuit de scăzut, respectiv i se solicită acestuia fundamentarea economică a modului de formare a prețului se instituie o prezumție relativă de neîndeplinire a contractului în parametrii de calitate prevăzuți în caietul de sarcini, prezumție ce poate fi răsturnată prin prezentarea informațiilor prevăzute de art. 210 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Altfel spus, în ipoteza în care ofertantul nu prezintă dovezi concludente privind elementele prevăzute la art. 210 alin. (2) din Lege, precum și, oferte de la furnizori, situația stocurilor de materii prime și materiale, metodele utilizate în cadrul procesului de lucru, nivelul de salarizare al personalului, performanțele și costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru, deși oferta sa prezintă un preț aparent neobișnuit de scăzut, nu răstoarnă prezumția de neexecutare, devenind incidente dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. c) din HG nr. 395/2016.

Prin urmare, motivul de fapt pentru care SC SA nu a fost în măsură să justifice prețul aparent neobișnuit de scăzut constă în modul superficial de întocmire a propunerii financiare, acesta estimând sume forfetare pentru categorii de activități și nicidecum având la bază cheltuielile concrete precum: materii prime, nivelul de salarizare a

persoanelor implicate în activități, cheltuieli cu resurse tehnice implicate, ș.a.m.d.

În concret, analizând propunerea financiară prezentată de SC SA, se pot constata cu ușurință următoarele:

a) pentru realizarea documentațiilor tehnice de obținere a avizelor/acordurilor/autorizațiilor, SC SA nu a justificat valoarea de 50.000 lei. Nu a stabilit la justificare componenta cheltuielilor cu avizele/aprobările/autorizările.

b) proiectului tehnic de execuție i-a fost alocată valoarea de 125.000 lei față de valoarea estimată pentru acest obiectiv 196.781,46 lei, fără a exista nicio justificare cu privire la remunerația experților propuși (ingineri proiectanți) în această activitate.

c) pentru activitățile de construcții și instalații s-a oferat o sumă ce reprezintă un procent de 76,49% din valoarea estimată, însă fără a avea la bază oferte de la furnizori, fără a determina cheltuielile cu manopera respectiv contribuțiile societății, cheltuielile cu utilajele și transportul.

d) pentru poziția de montaj utilaje, echipamente s-a oferat o sumă ce reprezintă un procent de 21,62% din valoarea estimată, sumă care în mod vădit nu acoperă cheltuielile generate de această activitate.

e) justificarea procentului de cheltuieli indirecte utilizat în formarea prețului nu a fost făcută prin fundamentarea tehnico-economică a cheltuielilor care concură la determinarea lui. Metodologia de calcul al procentului de cheltuieli indirecte este în cazul ofertantului SC SA, un calcul simplist constând în media aritmetică a cheltuielilor indirecte înregistrate de această societate în ultimii 5 ani și nicidecum un calcul fundamentat economic având la bază normativele în vigoare. Or, având în vedere că o serie de cheltuieli, ce intră în categoria indirectelor, precum constituirea garanției de bună execuție, nivelul de salarizare pentru personalul de conducere, ș.a.m.d., au suferit creșteri semnificative față de anii precedenți, rezultă că modul de determinare a acestor cheltuieli nu este de actualitate, existând riscul neexecutării obligațiilor contractuale;

f) ofertele de preț transmise de SC SA pentru justificarea prețului nu au caracter ferm. SC SA avea obligația să transmită oferte de preț ferme de la furnizorii săi în lei, și nicidecum în euro, având în vedere și majorarea cursului valutar din ultima perioadă.

Concluzionând, intervenientul precizează că atâta timp cât contestatorul nu a răspuns la solicitarea de clarificări vizând prețul neobișnuit de scăzut prezentând o fundamentare temeinică a modului de formare a prețului oferat însoțită de dovezile prevăzute de art. 136 alin. (2) din HG nr. 395/2016, în mod temeinic și legal comisia de evaluare a reținut incidența art. 137 alin. (3), lit. g) din HG nr. 395/2016, respectiv a constatat că în urma verificărilor prevăzute la art. 210 din Lege se constată că propunerea financiară are un preț sau conține costuri neobișnuit de scăzute în raport cu lucrările, produsele sau serviciile,

astfel încât nu se poate asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini.

Criticile vizând oferta SRL.

Intervenientul invocă inadmisibilitatea criticilor vagi, generale și neprobate din cuprinsul contestației precum și a cererii privind compararea elementelor de compunere ale celor doua oferte.

Practic fără a exista o critică probată, prin contestația formulată se investește Consiliul cu evaluarea comparativă a întregii propuneri financiare a contestatorului și propunerii financiare a intervenientului.

Astfel, arată că nicio critică punctuală nu este concret invocată și probată, contestatorul limitându-se la a expune supoziții personale, bănuieli și informații incerte.

Solicitarea adresată Consiliului, de a proceda practic la evaluarea ofertei depuse de intervenient prin analizarea comparativă a propunerii financiare, este vădit inadmisibilă în raport de dispozițiile legale prevăzute de art. 26 din Legea nr. 101/2016.

Presupusa avantajare a intervenientului ca urmare a întocmirii studiului de fezabilitate.

În primul rând, pe fondul criticilor reiterate anterior, intervenientul evidențiază faptul că oferta sa nu prezintă un preț neobișnuit de scăzut iar modul de formare a prețului ofertat are la bază cheltuielile generate de desfășurarea activităților ce fac obiectul contractului, el incluzând în cadrul ofertei atât ofertele de la furnizori cât și cheltuielile cu manopera, resursele tehnice, transporturi, cota de indirecte și cota de profit.

În al doilea rând, chestiunea juridică cu avantajarea sa deoarece a întocmit studiul de fezabilitate ce stă la baza documentației de atribuire, a fost tranșată în nenumărate rânduri de instanțele românești, practica judiciară prezentată în cuprinsul cererii de intervenție fiind unanimă cu privire la chestiunea juridică incidentă în cauză.

În prezenta cauză toate documentele ce formează studiul de fezabilitate au fost publicate în SEAP atașat documentației de atribuire, ofertanții aveau posibilitatea de a vizita amplasamentul respectiv de a efectua măsurătorile suplimentare necesare pentru întocmirea ofertei, prin urmare nu există niciun avantaj pentru intervenient ca urmare a întocmirii studiului de fezabilitate.

Pentru toate aceste considerente, solicită, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respingerea contestațiilor formulate de SC SRL și SC SA, ca nefondate și, pe cale de consecință, menținerea tuturor actelor emise de autoritatea contractantă ca fiind temeinice și legale.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei,

CONSILIUL constată următoarele:

ORAȘUL, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată având ca obiect atribuirea contractului: „Servicii de proiectare și execuția lucrărilor aferente obiectivului de investiție -

Modernizarea/ reabilitarea sistemului de iluminat public pentru orașul, județul” cod CPV 45316110-9, prin publicarea în SEAP, a anunțului de participare simplificat nr. SCN1099090/23.12.2021. Conform secțiunii II.1.5 valoarea estimată a contractului de achiziție este 12.038.534,26 lei fără TVA. Criteriul de atribuire ales este: cel mai bun raport calitate preț.

În cauza care formează obiectul prezentelor dosare conexe având ca obiect contestațiile formulate de SC SRL și SC SA, operatorul economic SC SRL a depus cererea de intervenție nr. 98/14.04.2022 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 19617/15.04.2022 care prezintă natura juridică a unei cereri de intervenție accesorie deoarece sprijină poziția autorității contractante fără a solicita desființarea vreunui act emis de aceasta, motiv pentru care Consiliul califică cererea de intervenție drept cerere de intervenție accesorie formulată în favoarea autorității contractante.

În raport de dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 forma în vigoare la data formulării contestației, care stipulează că *„Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației. În cazul procedurilor a căror inițiere nu se realizează prin publicare în SEAP, termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării contestației”* și având în vedere faptul că la data de 05.04.2022, autoritatea contractantă a publicat în SEAP cele 2 contestații, Consiliul constată că cererea de intervenție este formulată în cadrul termenului legal.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, 65 și 67 din Cod proc. civ. dar și faptul că în procedurii de atribuire în cauză SC SRL are calitatea de ofertant câștigător iar cererea sa privește menținerea deciziei autorității contractante, Consiliul admite în principiu cererea de intervenție formulată de SC SRL, astfel cum a fost calificată.

În conformitate cu prevederile art. 67 din Codul de Procedură Civilă, coroborat cu cele ale art. 68 din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza cererea de intervenție a SC SRL împreună cu contestațiile formulate de SC SRL și SC SA.

Prin declarația de confidențialitate aflată la pag. 2547-2550 din vol. 10 al dosarului cauzei (numerotarea autorității contractante), SC SA menționează:

„(...) precizez că următoarele părți/informații din propunerea tehnică și din propunerea financiară:

- a. *Întreaga propunere tehnică*
- b. *Întreaga propunere financiară*
- c. *Documente de calificare – DUAE, documentele suport DUAE și solicitările de clarificări respectiv răspunsurile la solicitările de clarificări din procesul de evaluare a ofertelor*
- d. *Toate răspunsurile la eventuale solicitări de clarificări*

au caracter confidențial (...)”.

Având în vedere aceste aspecte coroborat cu solicitările contestatorilor și intervenientului și ținând cont de prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016, care dispun în mod expres și imperativ faptul că „La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală”, Consiliul a solicitat SC SA, prin adresa nr. 23229/833/C1/06.05.2022, să comunice temeiul juridic al încadrării anumitor înscrisuri menționate ca fiind confidențiale, să justifice această încadrare, cu demonstrarea prejudiciului în situația dezvăluirii acestora, prin orice mijloace de probă.

La această solicitare, ofertantul în cauză a răspuns prin adresa nr. 197/12.05.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 24572/12.05.2022, susținând că propunerea tehnică reprezintă concepția sa proprie cu privire la tehnologia de execuție a lucrării și descrierea echipamentelor pe care le va folosi pentru îndeplinirea corespunzătoare a contractului, propunerea financiară conține devize ofertă care cuprind prețuri care relevă modalitatea de elaborare a ofertelor în cadrul procedurilor de achiziție publică, a căror cunoaștere l-ar prejudicia în cadrul participării la proiecte viitoare.

Susține că propunerea sa financiară se bazează pe informațiile din propunerea tehnică iar prețurile oferite sunt bazate pe oferte personalizate, a căror dezvăluire ar putea să-i parteneriatele și relațiile comerciale cu respectivii parteneri de afaceri.

Totodată, susține că propunerea sa financiară conține elemente de tipul procentului de cheltuieli indirecte și profit, a căror cunoaștere dezvăluie, în opinia sa, politica sa de ofertare și implicit induce vulnerabilitatea sa în procedurile de atribuire viitoare.

Invocă prevederile Regulamentului UE 2016/679 al Parlamentului European, jurisprudența comunitară și legislația națională.

Anexează declarația furnizorului său SC Schraeder Romania SRL privind caracterul confidențial al înscrisurilor provenite de la acesta din urmă, în care se regăsește o clauză de confidențialitate.

Analizând răspunsul SC SA, Consiliul a decis să pună la dispoziția contestatorilor și intervenientului care și-au manifestat dorința de a studia dosarul cauzei conform dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, toate documentele aflate la dosar cu excepția informațiilor cu caracter personal și a înscrisurilor provenite de la SC Schraeder Romania SRL pentru care SC SA a prezentat o declarație cu clauză de confidențialitate în care este identificat prejudiciului care ar putea fi suferit urmare a dezvăluirii informațiilor confidențiale.

Procedând la analiza pe fond a contestației formulată de SC SRL, Consiliul reține că acesta este nemulțumit de faptul că autoritatea contractantă i-a respins oferta ca inacceptabilă în baza art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 coroborat cu art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) și art. 169 din Legea nr. 98/2016, prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 2670/28.03.2022, motivat de faptul că potrivit documentului constatare nr. 39030/16.11.2021, SC SRL și-ar fi încălcat în mod grav obligațiile principale care îi revineau în cadrul unui contract de lucrări iar aceste încălcări ar fi dus la încetarea anticipată a contractului și plata de daune interese sau alte sancțiuni similare.

Procedând la identificarea documentului constatare indicat de autoritatea contractantă ca motiv al respingerii ofertei contestatorului (pag. 30-31 din vol. 5 al dosarului cauzei), Consiliul constată că acesta conține următoarele informații:

„1. Contractant: SC SRL (...)

2. *Calitatea în care a participat la îndeplinirea contractului: contractant (...)*

5. *Numărul, data și obiectul contractului: contractul de lucrări nr. 23452/19.07.2021 având ca obiect investiția cu denumirea «Lucrări de infrastructură la cartier de locuințe zona Sere (străzi, trotuare, rețea de alimentare cu apă, rețea de canalizare menajeră și pluvială, rețea termică, rețea de iluminat public și casnic) – Instalații electrice SPAU și iluminat public, Oraș Cernavodă, județul Constanța»*

6. *Contractul a fost îndeplinit în mod corespunzător: Nu (...)*

Motivație (...):

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

Executantul SC SRL nu a demarat executarea lucrărilor ce fac obiectul investiției deși ordinul de începere a fost emis de achizitor prin adresa nr. 26618/13.08.2021 respectiv executantul SC SRL a refuzat să prezinte un grafic general de realizare a investiției actualizat deși a fost notificat cu privire la acest aspect prin adresa nr. 37084/02.11.2021

(...)

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):

Daune interese prevăzute cu clauză penală de art. 23.3 din contractul de lucrări nr. 23452/19.07.2021 în sumă de 89.211,52 lei (cuantumul garanției de bună execuție), la care se adaugă eventuale prejudicii cauzate de executant ca urmare a pierderii finanțării lucrărilor ce fac obiectul investiției”.

Având în vedere aceste aspecte, Consiliul va reține incidența următoarelor norme juridice:

- art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016: „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”;

- art. 167 alin. (1) lit. g) 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: (...) 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”.

- art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016: „În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. g) se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, **neexecutarea contractului**, livrarea/prestarea/executarea unor produse/ servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract”;

- art. 171 alin. (1), (2), (3) și (5) din Legea nr. 98/2016: „(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. (3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 le poate furniza autorității contractante, în sensul prevederilor alin. (1), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o

altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația, și la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite. (5) În cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situațiile de excludere prevăzute la art. 164 și 167 nu se aplică: (...) b) dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant”;

- art. 171 alin. (3¹) și alin. (3²) din Legea nr. 98/2016 forma în vigoare la data inițierii procedurii de atribuire prin publicarea în SEAP a anunțului de participare: „(3¹) Autoritatea contractantă evaluează măsurile luate de operatorii economici și dovedite în conformitate cu prevederile alin. (3), ținând seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale infracțiunii sau abaterii avute în vedere.

(...)

(3²) În cazul în care măsurile prevăzute la alin. (3¹) sunt considerate insuficiente de către autoritatea contractantă, aceasta transmite operatorului economic o expunere a motivelor care au condus la luarea deciziei de excludere a acestuia din procedura de atribuire”.

În soluționare Consiliul reține și faptul că dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 transpun prevederile art. 57 alin. (4) lit. g) din Directiva 2014/24/UE „Autoritățile contractante pot exclude sau statele membre le pot solicita acestora să excludă de la participarea la o procedură de achiziție publică orice operator economic aflat în oricare din următoarele situații: (...) **dacă operatorul economic a dat dovadă de deficiențe semnificative sau persistente la îndeplinirea unei cerințe de fond prevăzute de un contract de achiziții publice anterior, de un contract anterior încheiat cu o entitate contractantă sau de un contract de concesiune anterior care au dus la încetarea anticipată a respectivului contract anterior, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile**”.

Motivul reglementării acestei cerințe de excludere se regăsește în cadrul considerentului 101 parag. (2) și (3) al Directivei 2014/24/UE

„Ținând seama de faptul că autoritatea contractantă va fi responsabilă pentru consecințele eventualei sale decizii eronate, autoritățile contractante ar trebui, de asemenea, să dispună în continuare de libertatea de a considera că a existat o abatere profesională gravă, în cazul în care, înainte de luarea unei decizii finale și obligatorii privind prezența motivelor obligatorii de excludere, pot demonstra, prin orice mijloace adecvate, că operatorul economic a încălcat obligațiile care îi revin, inclusiv obligațiile legate de plata impozitelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale, cu excepția unor dispoziții contrare dreptului intern. **Acestea ar trebui, de asemenea, să fie în măsură să excludă candidați sau ofertanți a căror performanță în alte contracte de achiziții publice din trecut a arătat deficiențe majore în ceea ce privește cerințele de fond**, de exemplu, nerespectarea obligației de a furniza sau de a executa, deficiențe semnificative ale produsului sau ale serviciului furnizat, ceea ce le face inutilizabile pentru scopul propus, sau un comportament necorespunzător care aruncă îndoeli serioase cu privire la fiabilitatea operatorului economic. Legislația națională ar trebui să prevadă o durată maximă pentru aceste excluderi.

Atunci când aplică motive facultative pentru excludere, autoritățile contractante ar trebui să fie atente în mod special la principiul proporționalității. Neregulile minore ar trebui să ducă la excluderea unui operator economic doar în circumstanțe excepționale. Cu toate acestea, cazurile repetate de nereguli minore pot arunca asupra fiabilității unui operator economic un dubiu care ar putea justifica excluderea lui.”

Față de aceste aspecte, Consiliul reține că atât legiuitorul comunitar cât și cel național (textele art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 fiind similare celor art. 57 alin. (4) lit. g) din Directiva nr. 2014/24/UE) a conferit autorității contractante competența:

- să constate **deficiențele semnificative** sau cele care persistă în **îndeplinirea obligațiilor de fond din cadrul unui contract de achiziții încheiat anterior, contract care ulterior fie a fost reziliat**, fie a implicat plata unor daune interese, fie au fost aplicate alte sancțiuni comparabile; legiuitorul român definind la art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016 ce înțelege prin noțiunea de încălcări grave ale obligațiilor contractuale, definiție care a avut la bază teza finală a para. (2) și a para. (3) din cadrul considerentelor 101 din Directiva nr. 2014/24/UE antemenționate.

Prin folosirea conjuncției disjunctive „sau” în cadrul lit. g) alin. (1) art. 167 din Legea nr. 98/2016 legiuitorul a impus îndeplinirea unor **condiții alternative** și nu cumulative.

Față de aceste aspecte rezultă că atât legiuitorul comunitar cât și cel național, în cadrul noii directive în domeniul achizițiilor a dorit să facă o distincție clară între noțiunile de „abatere profesională gravă” și „deficiențe semnificative ale obligațiilor contractuale”.

Față de cele de mai sus, Consiliul apreciază că, pentru a uza de dreptul conferit de norma legală mai sus iterată respectiv de a exclude un ofertant din cadrul procedurii, autoritatea contractantă trebuie să verifice dacă sunt îndeplinite următoarele condiții cumulative:

- ofertantul să fi încălcat grav sau repetat în ultimii 3 ani obligațiile principale în cadrul unui contract de achiziție publică al unui contract de achiziții publice, de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior;

- încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale să fi condus la una din următoarele consecințe (sanțiuni): încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese, alte sancțiuni comparabile.

Condițiile cumulative arătate sunt completate de precizarea adusă prin art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, precizare citată mai sus, în sensul că perioada de timp scursă de la momentul la care s-au petrecut evenimentele (încălcările obligațiilor principale) să nu fi depășit o perioadă de 3 ani.

În același timp, alin. (8) al art. 167 din Legea nr. 98/2016, citat mai sus, aduce lămuriri asupra modului în care vor fi interpretate încălcările grave ale obligațiilor contractuale, prezentând exemple concrete, printre acestea regăsindu-se și **neexecutarea contractului**.

Referitor la mijloacele de probă de care dispun autoritățile contractante pentru verificarea incidenței art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, Consiliul va reține că legiuitorul nu a impus existența unui anumit înscris, având un anumit conținut, însă potrivit art. 166 alin. (3) și (4) din HG nr. 395/2016, *„(3) Autoritatea contractantă are următoarele obligații:*

- a) să elibereze un exemplar al documentului constatator contractantului;*

- b) să păstreze un exemplar la dosarul achiziției publice” și „(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”.*

Verificând portalul instanțelor, Consiliul reține că pe rolul Tribunalului să află dosarul nr. 613/99/2022 având ca obiect „anulare act decizie respingere plângere prealabilă/notificare/document constatator - reziliere contract” cu termen de judecată stabilit în data 16.06.2022.

Totodată se reține că potrivit informațiilor publice disponibile pe portalul instanțelor, până la data prezentei nu au fost suspendate efectele documentului constatator nr. 39030/16.11.2021.

Astfel documentul constatator nr. 39030/16.11.2021, este în vigoare și își produce efectele juridice.

Rolul acestor documente constatatoare emise în temeiul art. 166 din HG nr. 395/2016 este de a oferi celorlalte autorităţi contractante care iniţiază în viitor proceduri, informaţii cu privire la îndeplinirea sau neîndeplinirea corespunzătoare a contractelor anterioare, este o „*oglină a operatorului economic executant/prestator/furnizor*”.

Procedând la verificarea modului în care au efectuat membrii comisiei de evaluare verificările prevăzute la art. 171 alin. (1) – (3) din Legea nr. 98/2016, Consiliul reţine că în cadrul documentului DUAЕ, operatorul economic SC SRL a menţionat următoarele aspecte (pag. 4 din vol. 5 al dosarului cauzei):

„Prin Notificarea cu nr. 39048/16.11.2021 s-a dispus rezilierea contractului de lucrări nr. 23452/19.07.2021 „Lucrări de infrastructură la cartier de locuinţe zona Sere (străzi, trotuare, reţea de canalizare menajeră şi pluvială, reţea termică, reţea de iluminat public şi casnic) - Instalaţii electrice SPAU şi iluminat public, oraş Cernavodă, judeţul Constanţa”, fiind emis documentul constatator nr. 39030/16.11.2021, privind contractul de achiziţie publică de lucrări nr. 23452/19.07.2021.

Menţionăm că decizia de reziliere a acestui contract nu este definitivă. Subscrisa am procedat la contestarea actelor administrative indicate anterior, având în vedere nelegalitatea acestora cu menţiunea că:

a) Notificarea de reziliere a contractului nu este valabilă ca urmare a nerespectării procedurilor prealabile prevăzute în contract.

b) achizitorul nu şi-a îndeplinit propriile obligaţii contractuale, prealabile în succesiunea lucrărilor contractului obligaţiilor subscrisei, astfel că sunt aplicabile prevederile art. 1.556 c. civ”.

În continuarea informaţiilor anterior reproduse, SC SRL a răspuns la întrebarea din DUAЕ „Aţi luat măsuri pentru a demonstra fiabilitatea dumneavoastră („autocorectare”)?” astfel:

„DA

Descriere: Conform documentelor ataşate”.

La pag. 25-29 din vol. 5 al dosarului cauzei se regăseşte anexa la DUAЕ intitulată „*măsuri de dovedire a credibilităţii*” în cuprinsul căreia societatea contestatoare a transmis autorităţii contractante următoarele informaţii:

- prezentarea propriei perspective a motivelor care au condus la rezilierea contractului cu Oraşul Cernavodă, respectiv faptul că nu ar fi demarat executarea lucrărilor din cauza neîndeplinirii de către respectivul achizitor a unor obligaţii proprii privind abţinerea autorizaţiei de construire şi predarea amplasamentului liber de orice sarcini;

- a formulat acţiune în justiţie pentru anularea notificării de reziliere a contractului, anularea documentului constatator şi suspendarea efectelor acestuia din urmă;

- a adoptat anumite măsuri pentru păstrarea credibilităţii, printre acestea regăsindu-se:

- implementarea unui sistem CRM-CAS, pentru urmărirea corectă și evidențierea la timp a situațiilor care pot duce la întârzieri, astfel încât să poată adopta din timp măsurile imediate pentru a nu mai ajunge într-o astfel de situație;
- instruiri în vederea conștientizării angajaților de riscurile aferente derulării contractelor de achiziție publică;
- măsuri de reorganizare internă a activității, constând în adoptarea unei proceduri de comunicare inclusă în planul general de management al calității și în angajarea de personal suplimentar în departamentul de implementare și management al proiectelor;
- selecția mai riguroasă a partenerilor contractuali.

Menționează executarea cu succes a unui număr de peste 250 de contracte de achiziție publică, din care enumeră 11 cu indicarea beneficiarului și a perioadei de desfășurare.

Consiliul nu va putea reține mențiunea SC SRL din contestație potrivit căreia culpa sa care a condus la rezilierea contractului ar consta doar în faptul că nu a prezentat graficul de realizare a investiției (aspect pe care nu îl consideră „obligație principală a unui contract”), având în vedere faptul că din documentul constatator rezultă că respectivul operator economic nu a dat curs pentru o perioadă de cca 3 luni ordinului de începere a lucrărilor, acesta fiind motivul care ar fi condus la rezilierea contractului.

Legislația în domeniu atât cea națională cât și cea comunitară s-a modificat în sensul că în cadrul noilor reglementări legiuitorul are în vedere o „*încălcare gravă*” chiar „*neregulile minore*” repetate care pot arunca asupra fiabilității unui operator economic un dubiu care ar putea justifica excluderea lui și care au dus la încetarea anticipată a respectivului contract anterior, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile, și nu o „*abatere gravă*” însoțită de existența unui „*prejudiciu grav*”. Este evident că, în condițiile în care autoritatea a **reziliat contractului** deoarece operatorul economic nu a început executarea lucrărilor, acest fapt a fost de natură să producă grave prejudicii autorității contractante, aceasta fiind în situația de a achiziționa lucrările de care avea nevoie prin organizarea unei noi proceduri de achiziție publică sau de a nu mai solicita finanțarea nerambursabilă.

Acest raționament se regăsește și în decizia nr. 15/2012 a Înaltei Curți de Casație și Justiție.

Astfel cum a reținut și ***Curtea de Apel București, în Decizia nr. 4407/2015***, raportat la Directiva 18/2004/CE în Secțiunea 2 a Capitolului VII la art. 45 – Situația personală a candidatului sau a ofertantului, alineatul (2) sunt enumerate criteriile care pot conduce la excluderea ofertanților dintr-o procedură. Mai concret, litera d) din cuprinsul alineatului respectiv indică faptul că poate fi exclus de la participarea la un contract un operator economic „*care s-a făcut vinovat*”

de o gravă abatere profesională, dovedită prin orice mijloace pe care autoritățile contractante le pot justifica”.

În speța C-465/11 Forposta SA, ABC Direct Contact sp. z o.o. vs. Poczta Polska S.A. care a avut ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Krajowa Izba Odwoławcza (Polonia) privind interpretarea art. 45 (2) litera (d) din Directiva 2004/18/CE coroborat cu articolul 53 (3) și cu articolul 54 (4) din Directiva 2004/17/CE, Curtea a arătat următoarele:

- noțiunea „*abatere gravă*” trebuie să fie înțeleasă ca referindu-se în mod normal la un comportament al operatorului economic în cauză care denotă o intenție culpabilă sau neglijență de o anumită gravitate din partea sa. Astfel, orice executare incorectă, imprecisă sau defectuoasă a unui contract sau a unei părți din acest contract poate demonstra eventual o competență profesională limitată a operatorului economic în cauză, dar nu echivalează în mod automat cu o abatere gravă;

- constatarea existenței unei „*abateri grave*” necesită, în principiu, efectuarea unei aprecieri concrete și individualizate a atitudinii operatorului economic în cauză;

- reglementarea națională [din legea poloneză] impune autorității contractante să excludă de la procedura de atribuire a unui contract de achiziții publice un operator economic în ipoteza în care, din cauza unor circumstanțe care „*sunt imputabile*” acestuia din urmă, autoritatea respectivă a reziliat sau a denunțat unilateral un contract încheiat cu operatorul economic în cauză în cadrul unui contract de achiziții publice anterior;

- noțiunea „*motive imputabile*” este foarte largă și poate cuprinde situații care depășesc cu mult o atitudine a operatorului economic în cauză care denotă o intenție culpabilă sau neglijență de o anumită gravitate din partea sa (...) noțiunea „*abatere gravă*”, nu poate fi înlocuită cu noțiunea „*motive imputabile*” operatorului economic în cauză.

De asemenea, Curtea a reținut că, deși din cuprinsul articolului 54 alineatul (4) din Directiva 2004/17 reiese ca autoritățile contractante pot stabili criterii de selecție calitativă în plus față de criteriile de excludere enumerate la articolul 45 din Directiva 2004/18, totuși, conform unei jurisprudențe constante a Curții, articolul 45 alineatul (2) din această directivă enumeră în mod exhaustiv cauzele care pot să justifice excluderea unui operator economic de la participarea la un contract pentru motive, întemeiate pe elemente obiective, privind calitățile sale profesionale și se opune, în consecință, ca statele membre să completeze lista pe care o cuprinde cu alte cauze de excludere întemeiate pe criterii referitoare la calitatea profesională.

Având în vedere cele mai sus menționate, Consiliul reține că prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) nu trebuie utilizate ca un instrument de excludere a oricărui operator economic care a greșit la un moment în

contextul îndeplinirii unui contract. Din considerațiile făcute de Curte în cazul C-465/11, se reține că aprecierea lăsată la latitudinea autorității contractante nu trebuie interpretată ca fiind echivalentă cu un drept ce poate fi exercitat în orice condiții, existând de fapt un cumul de condiții care urmează a fi îndeplinite pentru ca decizia de excludere să poată fi considerată una corectă.

Prin urmare, nu orice neîndeplinire a unor clauze contractuale poate să genereze aplicarea dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) Legea nr. 98/2016.

În mod evident, în perioada derulării unui contract sunt inerente anumite deficiențe mai ales în cadrul unor proiecte complexe.

Faptul că, nerespectarea obligațiilor asumate de prestatorul SC URBAN SCOPE SRL nu a condus la calcularea de simple penalități, ci chiar la rezilierea contractului și executarea garanției de bună execuție demonstrează gravitatea abaterilor acestui operator economic în relația contractuală cu Orașul Cernavodă, abateri pe care autoritatea contractantă ORAȘUL ar fi trebuit să urmărească, în mod corect, să le evite în contractul ce face obiectul prezentei proceduri de atribuire.

Analizând documentul constatator, Consiliul constată următoarele:

Referitor la prima condiție impusă de lege: *„ofertantul să fi încălcat grav sau repetat în ultimii 3 ani obligațiile principale în cadrul unui contract de achiziție publică al unui contract de achiziții publice, de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior”*, din cuprinsul acestuia se constată că contractul nu a fost îndeplinit, așadar încălcarea obligațiilor principale prin însăși natura lor este gravă.

A doua condiție impusă de lege: *„încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale să fi condus la una din următoarele consecințe (sanțiuni): încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese, alte sanțiuni comparabile”*, din cuprinsul documentului constatator, se constată că autoritatea contractantă emitentă confirmă nerespectarea obligațiilor principale datorate culpei contestatorului motiv pentru care contractul a fost reziliat, așa cum rezultă din înscrisul antemenționat.

Pe de altă parte, Consiliul reține că în documentul DUAE și anexa acestuia, operatorul economic SC SRL a enumerat măsurile adoptate pentru demonstrarea concretă a credibilității cum ar fi:

- implementarea unui sistem CRM-CAS, pentru urmărirea corectă și evidențierea la timp a situațiilor care pot duce la întâzieri, astfel încât să poată adopta din timp măsurile imediate pentru a nu mai ajunge într-o astfel de situație;

- instruire în vederea conștientizării angajaților de riscurile aferente derulării contractelor de achiziție publică;

- măsuri de reorganizare internă a activității, constând în adoptarea unei proceduri de comunicare inclusă în planul general de management

al calității și în angajarea de personal suplimentar în departamentul de implementare și management al proiectelor;

- selecția mai riguroasă a partenerilor contractuali.

Din analiza înscrisurilor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține că, făcând totală abstracție de obligația pusă în seama sa prin prevederile art. 171 alin. (31) din Legea nr. 98/2016 potrivit căroră „autoritatea contractantă evaluează măsurile luate de operatorii economici și dovedite în conformitate cu prevederile alin. (3), ținând seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale infracțiunii sau abaterii avute în vedere”, ORAȘUL a respins oferta SC SRL urmare a simplei identificări a documentului constatator negativ emis de Orașul Cernavodă, fără să evalueze măsurile menționate de către contestator raportat la gravitatea și circumstanțele particulare ale abaterii care a condus la rezilierea contractului.

Consiliul reține că art. 171 alin. (2) și (3) din Legea nr. 98/2016 transpun în legislația națională prevederile art. 57 alin. (6) din Directiva 2014/24/UE care stabilesc printre altele faptul că *„Orice operator economic care se află în una dintre situațiile menționate la alineatele (1) și (4) poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de operatorul economic sunt suficiente pentru a demonstra fiabilitatea acestuia, în ciuda existenței unui motiv relevant de excludere. Dacă astfel de dovezi sunt considerate suficiente, operatorul economic în cauză nu este exclus de la procedura de achiziție.*

*În acest scop, operatorul economic dovedește că a plătit sau s-a angajat să plătească o compensație în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate prin infracțiune sau prin abatere, **că a clarificat complet faptele și împrejurările**, cooperând activ cu autoritățile însărcinate cu investigația și că **a luat măsuri concrete la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, adecvate pentru a preveni orice noi infracțiuni sau abateri.***

***Măsurile luate de către operatorii economici sunt evaluate ținând seama de gravitatea și de circumstanțele particulare ale infracțiunii sau ale abaterii.** În cazul în care măsurile sunt considerate insuficiente, operatorul economic primește o expunere a motivelor respectivei decizii”.*

Mai mult Consiliul reține că în cadrul considerentului 101 din expunerea de motive a Directiva 2014/24/UE, este precizat faptul că *„Atunci când aplică motive facultative pentru excludere, autoritățile contractante ar trebui să fie atente în mod special la principiul proporționalității”*, sintagmă din care rezultă că autoritatea contractantă ar fi trebuit solicitate și să evalueze măsurile luate de raportat la prevederile art. 171 alin. (3), din Legea nr. 98/2016 ținând seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale aspectelor consemnate în decizia emisă de către Consiliul Concurenței.

În cauza C472/19, CJUE s-a pronunțat referitor la regimul

măsurilor corective destinate să dovedească restabilirea fiabilității unui operator economic vizat de un motiv de excludere astfel:

„16 În această privință, trebuie amintit că, în temeiul articolului 38 alineatul (9) primul paragraf din Directiva 2014/23, orice operator economic care se află în una dintre situațiile menționate, printre altele, la alineatul (4) al acestui articol poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de operatorul economic sunt suficiente pentru a demonstra fiabilitatea acestuia, în ciuda existenței motivului relevant de excludere, și că, dacă astfel de dovezi sunt considerate suficiente, operatorul economic în cauză nu este exclus de la procedură. Această dispoziție introduce astfel un mecanism de măsuri

corective (selfcleaning) [a se vedea prin analogie, în ceea ce privește articolul

57 alineatul (6) din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65), care este echivalentul articolului 38 alineatul (9) din Directiva 2014/23, Hotărârea din 30 ianuarie 2020, Tim,

C395/18, EU:C:2020:58, punctul 49 și jurisprudența citată].

*17 Din modul de redactare a articolului 38 alineatul (9) primul paragraf din Directiva 2014/23 reiese că, prin faptul că prevede că **orice operator economic poate furniza dovada măsurilor corective luate**, această dispoziție conferă operatorilor economici un drept pe care statele membre **trebuie să îl garanteze** cu ocazia transpunerii acestei directive, cu respectarea condițiilor stabilite de aceasta din urmă”.*

Față de cele de mai sus, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă nu ar fi trebuit să respingă oferta SC SRL urmare a simplei luări la cunoștință a documentului constatator negativ emis de Orașul Cernavodă ci ar fi trebuit să procedeze la verificarea înscrisurilor prezentate de către acesta în vederea demonstrării credibilității și:

- fie să nu excludă oferta acestuia în cazul în care considera dovezile prezentate ca fiind suficiente astfel cum dispune art. 171 alin. (2) din Legea nr. 98/2016,

- fie să excludă oferta în cauză în cazul în care considera că măsurile adoptate de către acesta sunt insuficiente însă, în aceasta situație, trebuia să transmită operatorului economic o expunere a motivelor care au condus la luarea deciziei de excludere din procedura

de atribuire, astfel cum statuează art. 171 alin. (3²) din Legea nr. 98/2016.

În cauza C-267/18 Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA

împotriva Companiei Naționale de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, **CJUE s-a pronunțat astfel:**

„25 Astfel cum rezultă din modul de redactare a articolului 57 alineatul (4) din Directiva 2014/24, legiuitorul Uniunii a intenționat să încredințeze autorității contractante și doar acesteia, în faza de selecție a ofertanților, sarcina de a aprecia dacă un candidat sau un ofertant trebuie să fie exclus de la o procedură de achiziție publică (Hotărârea din 19 iunie 2019, Meca,

C- 41/18, EU:C:2019:507, punctul 34).

26 Această posibilitate de care dispune orice autoritate contractantă de a exclude un ofertant de la o procedură de achiziție publică este menită în special să îi permită să aprecieze integritatea și fiabilitatea fiecăruia dintre ofertanți. În special, cauza facultativă de excludere menționată la articolul 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24 coroborat cu considerentul (101) al acestei directive are la bază un element esențial al relației dintre ofertantul câștigător și autoritatea contractantă, și anume fiabilitatea ofertantului, pe care se întemeiază încrederea acordată acestuia de autoritatea contractantă (a

se vedea în acest sens Hotărârea din 19 iunie 2019, Meca, C- 41/18,

EU:C:2019:507, punctele 29 și 30).

27 Stabilirea unei relații de încredere între autoritatea contractantă și ofertantul câștigător presupune, așadar, ca această autoritate contractantă să nu fie în mod automat ținută de aprecierea făcută, în cadrul unui contract de achiziții publice anterior, de o altă autoritate contractantă, în special pentru a fi în măsură să acorde o atenție deosebită principiului proporționalității la momentul aplicării cauzelor facultative de excludere (a se vedea în acest sens

Hotărârea din 19 iunie 2019, Meca, C- 41/18, EU:C:2019:507, punctele 30 și

32). Astfel, acest principiu impune ca autoritatea contractantă să examineze și să aprecieze ea însăși faptele. În această privință, astfel cum a arătat domnul avocat general la punctul 32 din concluziile sale, din modul de redactare a articolului 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24 reiese că neregula

săvârșită de ofertant trebuie să fi fost suficient de gravă pentru a justifica, din perspectiva principiului proporționalității, rezilierea contractului.

28 Rezultă că o autoritate contractantă nu poate deduce în mod automat din decizia unei alte autorități contractante de a rezilia un contract de achiziții publice anterior, pentru motivul că ofertantul ar fi subcontractat o parte din lucrări fără autorizarea sa prealabilă, că acest ofertant a dat dovadă de deficiențe semnificative sau persistente, în sensul articolului 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24, referitor la îndeplinirea unei cerințe de fond aferente acestui contract de achiziții publice.

29 Revine astfel autorității contractante sarcina de a efectua propria evaluare a comportamentului operatorului economic vizat de rezilierea unui contract de achiziții publice anterior. În această privință, ea trebuie să examineze, în mod diligent și imparțial, pe baza tuturor elementelor relevante, printre care decizia de reziliere, și având în vedere principiul proporționalității, dacă acest operator este, din punctul său de vedere, răspunzător pentru deficiențe semnificative sau persistente de care a dat dovadă la îndeplinirea unei cerințe de fond care îi revenea în cadrul contractului menționat, deficiențele respective fiind susceptibile să provoace ruperea legăturii de încredere cu operatorul economic în cauză.

(...)

37 (...) în cazul în care constată că sunt îndeplinite condițiile prevăzute la articolul 57 alineatul (4) litera (g) sau (h) din Directiva 2014/24, autoritatea contractantă trebuie, pentru a respecta prevederile articolului 57 alineatul (6) din această directivă coroborat cu considerentul (102) al directivei menționate, să lase posibilitatea operatorului economic în cauză să furnizeze dovezi care să

ateste că măsurile corective pe care acesta din urmă le-a luat sunt suficiente

pentru a evita repetarea neregularității aflate la originea rezilierii contractului de achiziții publice anterior și că, prin urmare, acestea sunt de natură să demonstreze fiabilitatea sa în pofida existenței unei cauze facultative de excludere relevante”.

Față de cele de mai sus, constatând că autoritatea contractantă ORAȘUL a respins oferta contestatorului SC SRL fără nicio verificare cu privire la măsurile adoptate de către acesta în vederea demonstrării credibilității raportat la circumstanțele concrete care au condus la rezilierea contractului anterior, Consiliul urmează să admită contestația formulată de SC SRL.

În ceea ce privește contestația formulată de SC SA, Consiliul reține că acesta este nemulțumit de faptul că autoritatea contractantă i-a respins oferta ca neconformă în baza art. 136 alin. (3) din HG nr. 395/2016 și ca inacceptabilă în baza art. 134 alin. (5) din același act normativ cu motivarea „nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse (...) ofertantul nu a răspuns comisiei de evaluare (...) răspunsul este neconcludent, astfel oferta este considerată inacceptabilă” (pag. 1518, vol. 4 al dosarului cauzei).

Justificarea anterior menționată cu privire la respingerea ofertei SC SA se regăsește și la pag. 5 din raportul procedurii nr. 2667/28.03.2022 (pag. 1508, vol. 4 al dosarului cauzei).

Având în vedere criticile din contestația formulată de SC SA, Consiliul va reține următoarele aspecte:

- la secțiunea IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare din instrucțiunile pentru ofertanți publicate în SEAP, în anexa anunțului de participare simplificat, sub identificatorul „[SCN1099090/00001] FisaDate_DF1133948.pdf”, intitulate generic „fișa de date”, autoritatea contractantă a precizat următoarele aspecte: „(...) Ofertantul trebuie să prezinte formularul de ofertă. (...)”

Propunerea financiară trebuie să se refere la întreg obiectul Contractului. Contractul va fi semnat pentru toate activitățile descrise în documentația tehnică și va avea ca referință graficul de preț prezentat de Ofertant în Propunerea Financiară, așa cum a fost agreat de Autoritatea Contractantă.

(...)

Prețurile oferite trebuie să includă toate costurile cu materiale, consumabile, echipamente, cheltuieli, salarizarea plus sarcini, cheltuieli generale, profit, impozit pe venit etc. și orice contribuții pentru executarea completă și în întregime a lucrărilor și serviciilor solicitate prin Documentația de Atribuire. Prețurile propuse se consideră a fi prețuri finale și nu sunt afectate de orice variație intervenită în impozitele, taxele și/sau contribuțiile menționate mai sus.

(...)

Propunerea financiară va fi întocmită în conformitate cu listele de cantități de lucrări din SF (se vor respecta încadrările în normele de deviz și consumurile de resurse) și va cuprinde toate elementele necesare cuantificării valorice a lucrărilor, respectiv:

1. Formularul de ofertă;

2. Formularele prevăzute de HG.907/2016 privind etapele de elaborare și conținutul-cadru al documentațiilor tehnico - economice aferente obiectivelor/proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice:

- centralizatorul cheltuielilor pe obiectiv-formularul (F1);

- centralizatorul cheltuielilor pe categorii de lucrări, pe obiecte-formularul (F2);

- liste de cantități cu dotările necesare (F4);

- fisele tehnice privind dotările (F5);

- graficul valoric de execuție al lucrărilor centralizat pe întreaga investiție;

- în cazul în care, în evaluarea ofertelor, se constată că unele componente ale prețului sunt neobișnuit de scăzute în raport cu serviciile și/sau lucrările care constituie obiectul contractului ce urmează a fi atribuit, se vor solicita ofertantului explicații cu privire la posibilitatea îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire, respectiv clarificări cu privire la prețurile oferite, în conformitate cu prevederile art. 210 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, coroborate cu prevederile art. 136 din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare.

De asemenea, autoritatea contractanta are dreptul sa solicite fundamentarea procentului de cheltuieli indirecte si/sau generale, atunci când consideră că acest procent nu poate acoperi cheltuielile de acest fel, punându-se în pericol execuția lucrării în ansamblul ei.

Ofertanții au obligația ca, în răspunsul dat, să argumenteze convingător și să fundamenteze pe bază de calcule economice și prin oferte de preț de la furnizori, justificarea prețului folosit și fundamentarea economică a procentului de cheltuieli indirecte și/sau generale. În cazul în care ofertantul este și producătorul bunului a cărui preț trebuie justificat, acesta va prezenta o calculație de preț, în care va fundamenta și justifica costurile materiale ale bunului pentru care i s-a solicitat justificarea prețului, inclusiv cu oferte de la furnizorii de materiale si servicii, precum și fundamentarea procentului de cheltuieli indirecte și/sau generale, folosit în formarea prețului.

Conform devizului general cuprins în Studiul de fezabilitate întocmit de SC SRL, în urma centralizării datelor, oferta financiara va cuprinde:

- Documentațiile tehnice necesare în vederea obținerii avizelor/acordurilor/autorizațiilor: lei (Cap.3.5.4)
- Proiect tehnic și detalii de execuție: lei (Cap.3.5.6),
- Asistență tehnică din partea proiectantului: lei (Cap.3.8.1),
- Construcții și instalații: (Cap.4.1),
- Montaj utilaje, echipamente tehnologice și funcționale: lei (Cap.4.2),
- Utilaje, echipamente și funcționale care necesită montaj: (Cap 4.3),
- Pregătirea personalului de exploatare: lei (Cap.6.1),
- Probe tehnologice și teste: lei (Cap.6.2)2.
- Centralizatoare de devize de lucrări cantitativ-valorice pentru totalitatea lucrărilor de eficientizare energetică a sistemului de iluminat public din Orașul, vor fi incluse ca preț total ofertat în Formularul de oferta din cadrul secțiunii Formulare a documentației de atribuire (...)."

- apreciind că prețul ofertei depusă de SC SA este neobișnuit de scăzut (potrivit formularului de ofertă aflat la pag. 2551 în vol. 10 al dosarului cauzei, prețul ofertei SC SA este 9.450.000,00 lei reprezentând 78,49% din valoarea estimată a procedurii), autoritatea contractantă a transmis acestuia adresa de solicitare clarificări nr. 2172/14.03.2022 (pag. 2542-2544 din vol. 10 al dosarului cauzei), astfel: „(...) în conformitate cu prevederile art. 210 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare, comisia de evaluare vă solicită justificarea valorii ofertate și implicit a componentelor de preț ale acesteia, justificări care se vor raporta la:

a) fundamentarea economică a modului de formare a prețului, prin raportare la procesul de producție, serviciile furnizate sau metodele de construcție utilizate;

b) soluțiile tehnice adoptate și/sau orice condiții deosebit de favorabile de care beneficiază ofertantul pentru furnizarea produselor sau a serviciilor ori executarea lucrărilor;

c) originalitatea lucrărilor, produselor sau serviciilor propuse de ofertant;

d) respectarea obligațiilor prevăzute la art. 51 alin. (1);

e) respectarea obligațiilor prevăzute la art. 218;

f) posibilitatea ca ofertantul să beneficieze de un ajutor de stat.

De asemenea, în baza prevederilor art. 136 din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare, comisia de evaluare vă solicită explicații cu privire la posibilitatea îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire, respectiv asigurarea îndeplinirii contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini

(...)

Totodată, ținând cont de prețul scăzut ofertat, comisia de evaluare vă solicită indicarea, respectiv fundamentarea procentului de cheltuieli indirecte și/sau generale, astfel încât riscul de a nu acoperi cheltuielile de acest fel să fie cât mai redus și, implicit să se evite punerea în pericol prestării serviciilor/ execuției lucrărilor în ansamblul lor.

Dvs. aveți obligația ca, în răspunsul dat, să argumentați convingător și să fundamentați pe bază de calcule economice și prin oferte de preț de la furnizori, justificarea prețului folosit și fundamentarea economică a procentului de cheltuieli indirecte și/sau generale.

Explicațiile aduse de dvs. vor fi însoțite de dovezi concludente privind elementele prevăzute la art. 210 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 precum și, după caz, documente privind prețurile ce pot fi obținute de la furnizori, situația stocurilor de materii prime și materiale, modul de organizare și metodele utilizate în cadrul procesului de lucru, nivelul de salarizare al personalului ofertantului, performanțele și costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru”.

În cuprinsul adresei de solicitare clarificări, autoritatea contractantă a enumerat capitolele de cheltuieli din oferta SC SA, astfel cum se regăsesc în formularul de ofertă comparativ cu valorile estimate de autoritatea contractantă.

SC SA a răspuns la solicitarea anterior menționată prin adresa nr. 506371.9134/15.03.2022 (pag. 2474-2476 din vol. 10 al dosarului cauzei), la care a anexat următoarele înscrisuri:

- anexa 1 – detalierea ofertei financiare (pag. 2477), constând într-un tabel în care ofertantul a defalcat valorile capitolelor de cheltuieli din formularul de ofertă pe anumite categorii respectiv:
 - o materiale;
 - o manoperă;
 - o cheltuieli cu utilajele;
 - o cheltuieli de transport;
 - o cheltuieli indirecte;
 - o profit;
- oferte de la furnizorii SC Romania SRL, ... Brașov SRL, SC SRL și SC SRL (pag. 2478-2484);

- rapoarte Revisal pentru salariați aparținând SC SA (pag. 2485-2538).

Ulterior luării la cunoștință a răspunsului anterior menționat, autoritatea contractantă a încheiat procesul verbal nr. 2358/16.03.2022 (pag. 1409-1403 din vol. 4 al dosarului cauzei) în care a respins oferta contestatorului pentru motivele reproduse în partea introductivă a prezentelor considerente.

Verificând la rândul său, propunerea financiară a contestatorului și răspunsul acestuia la solicitarea de clarificări Consiliul reține că, deși autoritatea contractantă a solicitat ofertantului SC SA informații concrete, dovezi concludente, argumente convingătoare cu privire la sustenabilitatea prețului ofertat și fundamentarea acestuia pe bază de calcule economice și prin oferte de preț de la furnizori, respectivul ofertant s-a limitat la:

- formularea de simple generalități privind pretinsul caracter incomplet al documentației de atribuire aferentă contractului de proiectare și execuție comparativ cu cea aferentă unui contract de execuție a lucrărilor pe baza unui proiect tehnic existent, despre care susține că nu i-a permis să justifice cu precizie prețul ofertat,

și la

- formularea de asigurări formale că va executa activitățile în prețul ofertat, despre care susține că ar fi „*preț forfetar (fix)*”.

Consiliul nu va putea reține susținerile contestatorului privind preținsele lipsuri din cadrul documentației de atribuire deoarece astfel de susțineri cu privire la documentele achiziției publicate în SEAP în anexa anunțului de participare simplificat sunt tardive la data formulării contestației care face obiectul prezentei.

Conținutul documentației de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatoriu atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 123 din HG nr. 395/2016), cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile proprii documentației de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv. Prin necontestarea în termenul legal, prevederile anterior menționate ale documentației de atribuire cu privire la modalitatea de elaborare a propunerii financiare au devenit obligatorii atât pentru ofertanți, cât și pentru comisia de evaluare, în exercitarea atribuțiilor sale exclusive, prevăzute la art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Totodată, Consiliul urmează să respingă ca nefondate susținerile contestatorului potrivit cărora prețul său nu ar fi aparent neobișnuit de scăzut deoarece, alegând să răspundă la solicitarea de justificare a acestuia, SC SA a admis tacit dreptul autorității contractante de a

verifica modul de formare a prețului și, totodată, aplicabilitatea prevederilor art. 210 din Legea nr. 98/2016 față de oferta sa.

Solicitarea autorității contractante a fost clară, aceasta cerând contestatorului să justifice matematic, cu argumente convingătoare prețul ofertat ceea ce înseamnă că, pentru toate categoriile de cheltuieli aferente regăsite în propunerea sa financiară, contestatorul ar fi trebuit să depună documente doveditoare însoțite de calcule din care să rezulte cum au fost integrate prețurile obținute de la furnizori, tarifele orare aferente manoperei, tarifele utilajelor etc. în propunerea sa financiară, sau să conteste solicitarea autorității contractante.

Cu toate acestea, contestatorul a ales, prin propria manifestare de voință să răspundă în termen la aceste solicitări de clarificări, ceea ce implică o acceptare a acestora și oferind astfel posibilitatea autorității contractante de a verifica concludența răspunsurilor.

Explicațiile SC SA din cadrul răspunsului la solicitările de clarificări, cu privire la așa-zisul „preț forfetar (fix)” nu reprezintă, în fapt, o justificare a prețului, ci o explicație generică cu privire la modul empiric în care a aproximat acesta valoarea ofertată pentru diversele categorii de prestații oferite.

Justificarea prețului ofertat înseamnă prezentarea de **elemente concrete** de formare a prețului și chiar **documente** care să conțină costurile avute în vedere pentru îndeplinirea contractului în cauză, inclusiv costurile salariale, pentru transport, multiplicare documente etc. și care să permită, în final verificarea corectitudinii prețului ofertat. Solicitarea informațiilor referitoare la modul de formare a prețului este dublată de obligația comisiei de **verificare** a acestora, verificare care are loc **pe baza dovezilor prezentate**.

Consiliul reține faptul că respingerea ofertei SC SA de către comisia de evaluare s-a făcut în mod corect și legal având în vedere faptul că simpla defalcare a capitolelor de cheltuieli pe categorii de cheltuieli și prezentarea de oferte de la furnizori și extrase Revisal nu echivalează cu fundamentarea economică a modului de formare a prețului fără a depune în susținerea lor probe concludente din care să rezulte cum anume, matematic, se regăsesc respectivele prețuri unitare în valoarea ofertei.

Urmare a solicitării de clarificări, SC SA s-a limitat să transmită comisiei de evaluare o simplă defalcare a prețului ofertat însoțită de câteva oferte de preț de la furnizori și extrase Revisal fără să depună niciun document în care să fie stabilite prețuri/tarife ferme, valabile pe baza ofertelor de preț și a extraselor Revisal.

Cu alte cuvinte, SC SA nu a demonstrat și argumentat matematic cum anume a ajuns de la prețurile unitare din ofertele furnizorilor și de la cheltuielile cu manopera din extrasele Revisal la suma ofertată în cadrul prezentei proceduri.

În aceste condiții, comisia de evaluare nu avea dreptul să accepte drept concludent răspunsul SC SA prin care acest ofertant a recunoscut modul empiric, superficial și nefundamentat în care acesta a determinat prețul ofertat și a inițiat o reală negociere cu autoritatea contractantă privind o modalitate favorabilă de evaluare a ofertei sale (aspect care rezultă din sintagma „(...) SC SA este de acord ca pentru un preț forfetar (fix) să realizeze toate operațiunile/lucrările necesare îndeplinirii fiecărui produs din centralizatorul financiar, la nivelul de calitate și performanță impus de documentația de atribuire, riscul de cantități fiind preluat, prin urmare, de ofertant”), având în vedere că prin acest demers ar fi determinat apariția unui alt avantaj evident în favoarea intervenientului cu încălcarea prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, prin ignorarea prevederilor exprese și imperative ale art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 care pun în sarcina autorității contractante obligația respingerii ofertei urmare a unei justificări neconcludente.

În cadrul Hotărârii din 10 octombrie 2013, CJUE s-a pronunțat în cauza C-336/12 astfel:

*„31 Principiul egalității de tratament și obligația de transparență **se opun oricărei negocieri** între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unor contracte de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului. În consecință, autoritatea contractantă **nu poate solicita lămuriri** unui ofertant a cărui **ofertă** apreciază că este **imprecisă** sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C 599/10, punctele 36 și 37)”.*

În speță prevederile art. 210 din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 136 alin. (1) din HG nr. 395/2016 au fost aplicabile, comisia de evaluare având neclarități în evaluarea ofertei depusă de SC SA iar prin răspunsul formulat, ofertantul nu a transmis comisiei de evaluare niciun înscris care să poate fi considerat „dovadă concludentă în justificarea prețului”, astfel cum ceruse comisia de evaluare în adresa prin care a solicitat justificarea prețului, limitându-se doar să indice unele tipuri/categorii de cheltuieli și câteva prețuri unitare, situație care a condus în mod corect la respingerea ofertei acestuia în baza art. 136 alin. (3) din HG nr. 395/2016.

Consiliul va reține că riscul întocmirii răspunsului la solicitările de clarificări, la fel ca și cel al întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al nedepunerii înscrisurilor prin care să dovedească realitatea și sustenabilitatea elementelor de cost din oferta sa potrivit principiului „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, în condițiile în care autoritatea contractantă a menționat în mod expres, în cadrul documentației de atribuire ce servicii/lucrări îi sunt necesare iar în cadrul

solicitării de clarificări, care sunt aspectele pe care operatorul economic participant trebuie să le clarifice.

În cazul în care documentația de atribuire sau solicitarea de justificare a prețului, transmise de autoritatea contractantă contestatorului erau considerate ca fiind contradictorii/eronate/ambiguu formulate sau abuzive, acesta avea dreptul de a contesta respectivele clarificări, potrivit prevederilor legale.

Față de aceste aspecte, Consiliul reține că explicațiile SC SA din cadrul răspunsului la solicitarea de clarificări nu reprezintă, în fapt, o justificare a prețului, ci o simplă defalcare a prețului ofertat în anumite categorii de cost, o explicație generică cu privire la modul empiric în care a aproximat acest operator economic valoarea ofertată.

Față de cele de mai sus, Consiliul urmează să respingă ca nefondate criticile SC SA privind modalitatea de evaluare a propriei sale oferte.

În ceea ce privește critica generică formulată de SC SA în finalul contestației, cu privire la pretinsul tratament inegal al ofertei sale comparativ cu cel al ofertei câștigătoare, Consiliul reține că societatea contestatoare nu indică, precizează sau argumentează care sunt acele elemente din oferta câștigătoare care ar fi similare cu oferta sa și nici motivele pentru care susține aceste aspecte, limitându-se doar la formularea unei susțineri generice, investind practic Consiliul la verificarea integrală a ofertei câștigătoare.

Astfel, în condițiile în care contestatorul nu indică/precizează și/sau argumentează care sunt acele elemente de cost care ar fi nesustenabile din oferta intervenientului, Consiliul nu se poate substitui societății contestatoare în ce privește indicarea/identificarea motivelor de respingere a ofertelor și a motivelor concrete de nelegalitate a actelor atacate.

Simpla declarație a contestatorului privind presupusul caracter similar al ofertei sale comparativ cu oferta câștigătoare, în lipsa oricărei probe nu este suficientă pentru a demonstra caracterul neconform/inacceptabil al ofertei respective. Scopul obligației de motivare, prin raportare la date concrete, este acela de a arăta Consiliului în calitate de organism administrativ-jurisdicțional, în speță, sau instanței de judecată, împrejurările relevante pentru soluționarea contestației și, totodată, explicațiile pentru care drepturile contestatorului au fost lezate prin conduita presupus nelegală a autorității contractante.

Cu alte cuvinte, nu este totuna a afirma încălcarea dreptului cu a prezenta argumentele pentru care se susține că dreptul a fost încălcat; simplele presupuneri/suspiciuni nu reprezintă o motivare validă a contestației, nereieșind de niciunde temeinicia criticilor rămase la nivel declarativ.

Contestația trebuie formulată cu respectarea tuturor condițiilor prevăzute de lege, iar una dintre acestea este tocmai motivarea, în fapt

și în drept, care servește la determinarea exactă a obiectului procedurii administrativ-jurisdicționale, având în vedere principiul disponibilității potrivit căruia judecata are loc în limitele sesizării; **altminteri, soluționarea contestației ar echivala cu un control efectuat din oficiu de către Consiliu**, inadmisibil în condițiile actualei legislații.

Contestatorii nu pot însărcina Consiliul să efectueze o cercetare „*in integrum*” a procedurii de atribuire sau o supraevaluare a ofertelor concurente pe bază de supoziții, pornind de la premisa că în urma unui control efectuat a ofertelor concurente, se va identifica o eventuală neconformitate sau culpă care să profite acestora.

Nu este lipsit de relevanță faptul că, deși contestatorul a avut acces la dosarul achiziției publice constituit la Consiliu, acesta nu a profitat de oportunitatea de a veni în urma studierii dosarului, de a indica pe calea concluziilor scrise, cu prezentarea punctuală a criticilor cu privire la lipsa similarității contractelor raportat la prezenta procedură și a probelor pe care se bazează; altfel spus în susținerea contestației contestatorul SC SA avea obligația pe de-o parte de a indica în concret ce elemente de cost din oferta intervenientului nu sunt sustenabile și pe de altă parte de a proba lipsa de sustenabilitate a acestora, fiind pe deplin aplicabile în acest caz prevederile art. 249 c.p.c potrivit cărora: „cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”. Astfel, fiecare parte litigantă are obligația de a-și dovedi pretențiile, susținerile, prin producerea unor mijloace de probă legale, verosimile, pertinente și concludente, potrivit principiului de drept „*probatio incumbit ei qui digit, non ei qui negat*”.

Având în vedere prevederile art. 10 lit. g) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va reține în soluționare faptul că literatura juridică dar și practica judiciară, a statuat că în cadrul procesului civil sarcina probei este împărțită între reclamant și pârât, în speță între contestator și autoritatea contractantă, la care se adaugă și rolul activ al Consiliului care, potrivit art. 254 alin. (5) c.p.c, poate ordona administrarea probelor considerate necesare chiar dacă părțile se împotrivesc.

Cu toate acestea, existența rolului activ al Consiliului nu poate conduce la concluzia că întreaga sarcina a probei ar cădea asupra Consiliului, ceea ce nu se întâmplă nici măcar în cadrul dosarelor supuse principiului oficialității, sau că nerespectarea dispozițiilor legale cu privire la propunerea și administrarea probelor nu ar avea pentru părți consecințe procedurale. Pe cale de consecință, în măsura în care partea ce formulează anumite critici, susțineri nu este solitară în efortul de a proba, aceasta rămâne singura sancționată în caz de eșec, deoarece dacă nu administrează probele care să convingă Consiliul, cu toată eventuala colaborare a adversarului și în pofida rolului activ al Consiliului, va pierde dosarul, iar adversarul va triumfa.

În speță, aplicând principiile cu caracter teoretic enunțate mai sus, Consiliul apreciază că, în soluționarea contestației, societatea

contestatoare ar fi trebuit să dovedească/probeze în cazul fiecărei categorii de cheltuieli din oferta intervenientului, elementele care ar avea preț neobișnuit de scăzut astfel încât să demonstreze lipsa de sustenabilitate a respectivei oferte.

În ceea ce privește jurisprudența invocată atât de către cei 2 contestatori cât și de ofertantul desemnat câștigător în cererea de intervenție, Consiliul reține faptul că trimiterile la practica judiciară sunt relative la pricinile soluționate anterior, nu constituie izvor de drept și nici nu pot obliga la emiterea unei noi decizii într-un anumit sens, deoarece precedentul judiciar nu constituie izvor de drept în sistemul românesc.

Potrivit Legii nr. 101/2016, în activitatea sa, Consiliul se supune numai legii, deciziile acestuia fiind pronunțate în temeiul legii. În aceeași direcție sunt și normele art. 26 din Regulamentul de organizare și funcționare al Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, care statuează independența completului de soluționare a contestațiilor, deciziile pronunțate fiind bazate pe stricta aplicare și respectare a legii, iar nu pe deciziile pronunțate anterior.

Raționamentul anterior se regăsește și în considerentele Deciziei nr. 2/19.01.2015 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție - Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, în care s-a reținut faptul că *„Ab initio, Înalta Curte observă că în sistemul de drept românesc jurisprudența nu constituie izvor de drept, instanțele judecătorești nefiind ținute de soluțiile pronunțate anterior de alte instanțe. Hotărârile judecătorești au aplicabilitate numai la speță, efectele lor neputând fi extinse la cauze similare cu care instanțele au fost investite”*.

Având în vedere toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul urmează să admită contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă ORAȘUL iar, pe cale de consecință, va anula raportul procedurii și actele subsecvente și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei SC SRL cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC SA iar, pe cale de consecință, va admite în parte cererea de intervenție formulată de SC SRL.

Ca urmare a soluționării contestației formulată de SC SRL și observând că există cheltuieli avansate de acesta în soluționarea contestației, Consiliul consideră întemeiată și admite, în conformitate cu art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, solicitarea contestatorului de obligare a autorității contractante aflată în culpă la plata cheltuielilor

efectuate de acesta în cursul soluționării contestației. Cheltuielile reclamate sunt în sumă de 5.712,00 lei și reprezintă „onorariu” avocat prestate de SCPA Ceparu și Irimia, facturate cu factura seria A nr. 007168/20.04.2022 și achitate prin virament în data 11.05.2022 conform ordinului de plată cod fără număr referință, din data 11.05.2022 transmis de contestator la dosarul cauzei prin adresa nr. 892/10.05.2022 înregistrată la CNSC sub nr. 24442/12.05.2022.

Analizând temeinicia pretențiilor contestatorului, referitor la quantumul cheltuielilor de judecată solicitate, reprezentând „onorariu” avocat, Consiliul apreciază că se impune reducerea onorariului de avocat care, conform facturii depuse la dosar, însumează suma de 5.712,00 lei lei, la suma de 3.500 lei, din următoarele considerente:

Având în vedere faptul că procedura de soluționare este o procedură scrisă, potrivit art. 21 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, facultativă și gratuită potrivit art. 21 alin. (4) din Constituția României și având în vedere faptul că în speță nu s-au dispus audieri sau depunerea de concluzii orale, rezultă că cheltuielile de judecată cuprind orice alte cheltuieli pe care partea care a câștigat procesul va dovedi că le-a făcut, cum sunt onorariile de avocat, costul dactilografierii actelor depuse la dosar etc., dar numai cele strict necesare pentru buna desfășurare a soluționării contestației.

Prin angajarea unui apărător nu trebuie să se urmărească împovărarea părților căzute în pretenții, scopul exercitării dreptului la apărare fiind acela de a se valorifica pretențiile alegate, iar nu suplimentarea cheltuielilor de judecată.

Potrivit prevederilor art. 68 din Legea nr. 101/2016 coroborat cu art. 451 alin. (2) C.p.c., *„Instanța poate, chiar și din oficiu, să reducă motivat partea din cheltuielile de judecată reprezentând onorariul avocaților, atunci când acesta este vădit disproporționat în raport cu valoarea sau complexitatea cauzei ori cu activitatea desfășurată de avocat, ținând seama și de circumstanțele cauzei. Măsura luată de instanță nu va avea niciun efect asupra raporturilor dintre avocat și clientul său”* și, ținând seama de serviciile prestate de SCPA, analizând prin prisma textului reprodus cererea de plată a sumei de 5.712,00 lei, reprezentând „onorariu” avocat suportat de contestator cu ocazia soluționării contestației sale la Consiliu, apreciază că respectiva sumă este nepotrivit de mare în raport de muncă depusa de avocat dar și de complexitatea cauzei. Astfel fiind, raportat la natura repetitivă a aspectelor reclamate în contestație și concluziile scrise precum și la volumul de muncă pe care l-a presupus redactarea lor, Consiliul urmează a reduce quantumul sumei pretinse cu titlu de cheltuieli de soluționare la 3.500 lei, față de care autoritatea contractantă va fi obligată la plată către contestator.

Consiliul va da eficiență dispozițiilor art. 451 alin. (2) C.p.c. coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016, în sensul că va reduce

onorariul de avocat, considerând că prin aceasta nu se intervine în convenția încheiată de contestator, în calitate de client, și avocatul lor, pentru că în acest fel ar fi încălcate dispozițiile art. 1270 C civil.

De asemenea se apreciază că nu se aduce atingere nici dispozițiilor Legii nr. 51/1995, potrivit căreia avocații sunt liberi ca prin înțelegere cu clienții lor să stabilească onorarii, întrucât Consiliul nu face altceva decât să stabilească, în cadrul raportului juridic procesual civil, cheltuielile de judecată, astfel că, prin aplicarea dispozițiilor art. 68 din Legea nr. 101/2016 raportat la art. 451 alin. (2) C.p.c., Consiliul nu cenzurează contractul de asistență juridică, ci doar stabilește în mod corespunzător cuantumul cheltuielilor de judecată, în raport de munca depusă de avocat, complexitatea cauzei, valoarea pricinii, proporționalitatea onorariului față de volumul de munca presupus de pregătirea apărării în această cauză.

Raționamentul anterior se regăsește atât în motivarea **Deciziei nr. 3/2020** pronunțată de **Înalta Curte de Casație și Justiție** în dosarul nr. 2.412/1/2019 prin care Curtea a stabilit că *„În interpretarea și aplicarea unitară a dispozițiilor art. 488 alin. (1) din Codul de procedură civilă, motivul de recurs prin care se critică modalitatea în care instanța de fond s-a pronunțat, în raport cu prevederile art. 451 alin. (2) din Codul de procedură civilă, asupra **proporționalității cheltuielilor de judecată reprezentând onorariul avocaților**, solicitate de partea care a câștigat procesul, **nu se încadrează în motivele de casare prevăzute de art. 488 alin. (1) din Codul de procedură civilă**”* cât și în Hotărârea Curții de Apel București nr. **1284/2020** pronunțată la **09.09.2020** în dosarul nr. **3751/2/2020**.

Referitor la munca depusă de avocat, s-a constatat că, în acest stadiu procesual, volumul de muncă al avocatului, presupus de pregătire a apărării, a constatat în formularea unei contestații pe care a înaintat-o prin e-mail și în original, studierea dosarului cauzei și formularea de concluzii scrise, astfel, în opinia Consiliului este inechitabil ca, la aprecierea onorariului ce se cuvine avocatului, să nu se aibă în vedere și munca depusă de acesta în raport cu pregătirea sa profesională.

Pentru aceste considerente, Consiliul apreciază că reducerea onorariului de la 5.712,00 lei la 3.500 lei, este mai mult decât suficient, fiind în concordanță cu elementele mai sus arătate, respectiv complexitatea cauzei și, nu în ultimul rând, munca depusă de avocat, în condițiile art. 451 C.p.c., contestatorul fiind îndreptățit să solicite cheltuielile de judecată, care în ceea ce privește onorariul de avocat, în prezenta cauza, poate fi diminuat de către Consiliul, în condițiile art. 68 din Legea nr. 101/2016 coroborat cu art. 451 alin. (2) și art. 453 alin. (2) C.p.c.

Dispoziția art. 451 C.p.c. care reglementează posibilitatea părții căreia i s-a admis cererea să solicite părții în culpă cheltuielile de judecată, sunt în concordanță și cu jurisprudența CEDO conform căreia

un reclamant poate obține rambursarea cheltuielilor sale de judecată în măsura în care li s-au stabilit realitatea, necesitatea și caracterul rezonabil.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă ORAȘUL iar, pe cale de consecință, anulează raportul procedurii și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei SC SRL cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

Respinge ca nefondată contestația formulată de SC SA iar, pe cale de consecință, admite în parte cererea de intervenție formulată de SC SRL.

Obligă autoritatea contractantă la plata cheltuielilor de soluționare către contestatorul SC SRL în cuantum de 3.500,00 lei.

Obligatorie.

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

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare
.....

PREȘEDINTE
.....

Consilier de soluționare
.....

Redactat practicaua deciziei
.....

Redactată în 6 (șase) exemplare originale, conține 63 (șaizecișitrei) pagini.