



În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.....

Data:....

Prin contestația datată ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., depusă de SRL, cu sediul în, str. ..., ..., având CUI, reprezentată legal prin administrator și convențional prin ..., cu sediul procesual ales în, str. ..., ..., împotriva Solicitării de Clarificări nr. 87/14.02.2024 emisă de către, cu sediul în, str. ..., județul, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, online, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „Servicii de Elaborare Studiu de Fezabilitate pentru obiectivul de investiții Varianta de Ocolire - etapa 2”, cod CPV 79314000-8, s-a solicitat:

I. Remedierea vătămarilor aduse drepturilor și intereselor contestatorului în cadrul procedurii mai sus indicate prin anularea tuturor actelor nelegale emise de Autoritatea Contractantă, respectiv, dar fără a se limita la:

1. Anularea Solicitării de Clarificări nr. 87/14.02.2024 (în continuare "Solicitarea de Clarificări") prin care i s-a solicitat Ofertantului S.R.L, în temeiul art. 171 și art. 182 alin. (2) din Legea 98/2016, înlocuirea contestatorului din calitatea de terț susținător și subcontractant în cadrul ofertei sale;

2. Anularea tuturor actelor emise anterior sau ulterior Solicitării de Clarificări nr. 87/14.02.2024 de către Autoritatea Contractantă referitoare la excluderea Subscrisei din prezenta procedură de atribuire.

II. Suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea prezentei Contestații.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SRL, reclamă Solicitarea de Clarificări nr. 87/14.02.2024, precizând următoarele:

Contestatorul susține că în vederea participării la procedura de atribuire au depus oferte cinci ofertanți, iar pentru ofertantul S.R.L, acesta a participat în calitate de terț susținător și subcontractant (Anexa 2).

Cu titlu prealabil, contestatorul menționează că față de acesta, există un Document Constatator Negativ, respectiv Documentul Constatator nr. A2- 2381/10.07.2023 (în continuare "Documentul Constatator") emis de Unitatea Militară 02444 Sibiu în legătură cu Contractul nr. A-12714/15.09.2021 privind "Realizarea pavilionului NOC (Network Operarion Centre) și CSOC (Cyber Security Operation Center) precum și a utilităților aferente acestuia în cazarma 793 Sibiu", cod proiect 2020-I-793 NOC (Anexa 3). Documentul Constatator a fost publicat în SEAP sub nr. AD 1096770, apărând dintr-o eroare, ca emis de către Unitatea Militară 02523.

Acest Document Constatator a fost emis ca urmare a rezilierii Contractului nr. A - 12714/15.09.2021 de către Unitatea Militară 02444 Sibiu motivat de presupusa continuare a unor lucrări de arhitectură care făceau ca lucrările de zidărie să devină ascunse fără acordul Autorității Contractante.

Contestatorul consideră că atât măsura rezilierii Contractului A-12714/15.09.2021, cât și cea de emitere a Documentului Constatator sunt profund abuzive motiv pentru care a demarat o serie de demersuri legale împotriva acestora.

Independent de nelegalitatea rezilierii Contractului A-12714/15.09.2021, Documentul Constatator este afectat și de o serie de alte motive de nelegalitate printre care numărându-se și menționarea în cadrul acestuia a unor presupuse încălcări a obligațiilor contractuale care nu au dus nici la rezilierea Contractului, nici la prejudicii pentru Beneficiar.

În plus, contestatorul consideră că situația reținută în cadrul Documentului Constatator nu se încadrează în cadrul cazului de excludere reglementat de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016. Cu toate acestea, cu bună credință, la momentul depunerii DUAE contestatorul a menționat și existența acestuia.

În etapa evaluării propunerilor tehnice, Comisia de Evaluare a transmis către ofertantul S.R.L solicitarea de clarificări nr. 61/31.01.2024 (Anexa 4) prin care, printre altele, preciza următoarele:

"În urma evaluării DUAE si a documentelor- suport prezentate de operatorul economic SRL prin verificarea surselor de informare s-a constatat că documentul constatator negativ [AD1096770] emis de MINISTERUL APĂRĂRII-UNITATEA MILITARĂ 02523 este publicat pe SEAP, producând efecte juridice față de terți, întrucât actul administrativ nu este contestat în instanță și față de care nu a fost pronunțată o hotărâre definitivă.

Pe cale de consecință, vă solicităm sa prezentați documente justificative din care să reiasă că operatorul economic nu se încadrează în prevederile secțiunii C a DUAЕ, [...]".

La data de 05.02.2023, ... S.R.L a transmis Autorității Contractante răspunsul cu privire la solicitarea de clarificări mai-sus menționată, prin care a explicat că Documentul Constatator emis față de contestator nu este obligatoriu pentru Comisia de Evaluare și, de asemenea, că cele constatate în cadrul Documentului Constatator negativ nu se încadrează în cazul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. (g) din Legea 98/2016.

Cu toate acestea, Comisia de Evaluare nu a considerat concludente explicațiile oferite de S.R.L, iar, în data de 14.02.2024 a transmis o nouă solicitare de clarificări (Adresa nr. 87/14.02.2024 - Anexa 5) prin care a solicitat înlocuirea contestatorului din calitatea de terț susținător și subcontractant.

În aceste condiții, Ofertantul S.R.L, a procedat la înlocuirea SRL cu un alt Subcontractant și Terț susținător (Anexa 6)

Or, contestatorul apreciază că Decizia Autorității Contractante de a solicita înlocuirea sa este nelegală, impunându-se a fi cenzurată de către Consiliu.

II. INTERESUL SRL ÎN FORMULAREA PREZENTEI CONTESTATII

În vederea demonstrării interesului în formularea prezentei Contestații, ... SRL susține că trebuie să ne aplecăm, în primul rând, asupra dispozițiilor art. 2 alin (1) din Legea 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 (în continuare "Legea nr. 101/2016") conform căroră:

"Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi. "

De asemenea, Agenția Națională pentru Achiziții Publice (în continuare „ANAP”) a emis o Notă de Bune Practici cu privire la interpretarea noțiunilor de furnizor și subcontractant în contractul de achiziție publică/sectorial, în care a explicat în termeni clari care este calitatea unui subcontractant într-o procedură de achiziții publice.

Astfel, conform acestei Note de Bune Practici:

- *"subcontractantul îndeplinește activități care fac parte din obiectul contractului încheiat între contractantul principal si autoritatea/entitatea contractantă, fiind implicat în procesele tehnologice/specifice de îndeplinire a obiectului contractului."*

- *"spre deosebire de furnizor, subcontractantul e considerat participant în procedura de atribuire (art. 53 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 si, respectiv, art. 66 alin. (1) din Legea nr. 99/2016), fiindu-i*

aplicabile, pe cale de consecință, inclusiv dispozițiile legale ce reglementează conflictul de interese".

Chiar ANAP susține, într-o notă neechivocă, faptul că subcontractantul reprezintă un participant la procedura de atribuire, fapt pentru care dispune de toate prerogativele oricărui participant, inclusiv calitatea procesuală și interesul de a contesta actele nelegale emise de autoritățile contractante.

Mai mult, art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 reglementează posibilitatea oricărei persoane care se consideră vătămată într-un drept al său printr-un act al unei autorități contractante să solicite anularea acelui act.

În plus, și dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. (f) în care sunt prezentate condițiile ce trebuie îndeplinite pentru a beneficia de prezumția de "persoană care se consideră vătămată", susțin prezenta ipoteză:

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

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

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

Or, ... SRL:

(i) În calitatea sa de terț susținător și subcontractant a unui operator economic participant la procedură, în mod evident, are un interes cu privire la prezenta procedură de atribuire; și

(ii) A suferit un prejudiciu ca urmare a Solicitării de Clarificare nr. 87/14.02.2024 prin care a fost solicitată înlocuirea sa având în vedere că aceasta a pierdut șansa de fi subcontractant în cadrul Contractului de Servicii de Elaborare Studiu de Fezabilitate pentru obiectivul de investiții „Varianta de Ocolire - etapa 2 ” (și implicit, profitul ce l-ar fi câștigat).

În concluzie se apreciază că SRL îndeplinește condițiile pentru a fi o astfel de "persoană care se consideră vătămată."

III. TEMEINICIA PREZENȚEI CONTESTAȚII. NELEGALITATEA MĂSURII DE EXCLUDERE A SRL DIN PROCEDURA DE ATRIBUIRE

Se menționează că Autoritatea Contractantă a înțeles să excludă SRL din procedura de atribuire motivat de existența Documentului Constatator cu următoarea motivare:

"Având în vedere:

a) Notificarea ANAP privind situația de excludere reglementată la articolul 167, alineatul (1) litera g din Legea 98/2016 privind achizițiile publice;

b) Documentul constatator final negativ nr. A2-2381, emis de către Ministerul Apărării, Unitatea Militară 02444 la data de 10.07.2023, care indică faptul că operatorul economic a încălcat în mod repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul contractului de achiziție publică nr. A-12714/15.09.2021, incluzând un număr semnificativ de rapoarte de neconformitate (7), în raport cu complexitatea și amploarea lucrărilor efectuate, aceste încălcări conducând la rezilierea anticipată a

contractului conform Notificării de reziliere FE-1161 din 06.06.2023, emisă de către Ministerul Apărării, Unitatea Militară 02444;

c) Faptul că documentul constatator este publicat pe SEAP și are consecințe juridice pentru terți, iar la momentul depunerii ofertei, respectiv la data de 07.12.2023, nu exista o hotărâre sau o decizie a instanței competente privind suspendarea efectelor acestui document;

d) În urma verificării portalului instanței de judecată, Tribunalul, cu privire la stadiul procesului inițiat de SRL împotriva autorității contractante Ministerul Apărării Unitatea Militară 02444, rezultă că cererea de suspendare a executării Documentului Constatator nr. A2-2381/10.07.2023 a fost respinsă ca neîntemeiată (..... SRL a depus recurs, iar o nouă pronunțare este așteptată în data de 11.03.2024)."

Or, ... SRL apreciază că această "justificare", pe de o parte, nu reprezintă o motivare reală a excluderii sale din cadrul procedurii, iar pe de altă parte, este vădit nelegală în cauză nefiind îndeplinite condițiile impuse de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 pentru a se putea dispune excluderea Subscrisei din procedura de atribuire.

1. Autoritatea Contractantă avea obligația de a motiva Decizia de Excludere a SRL din cadrul procedurii de atribuire. Caracterul nemotivat al Deciziei de Excludere

Se subliniază că la nivel european, Curtea de Justiție a Uniunii Europene (în continuare "C/UE") a stabilit față de autoritățile contractante obligativitatea acestora de a își motiva deciziile luate în cadrul procedurilor de atribuire, ex. în cauza C-66/22, Infraestruturas de Portugal SA și Futrifer Industrias Ferroviarias SA împotriva Toscca - Equipamentos em Madeira Ld.

În prezenta cauză, din Solicitarea de Clarificări nr. 87/14.02.2024, se poate observa că Autoritatea Contractantă:

(i) a motivat în termeni generali Decizia de Excludere a SRL;

(ii) nu a făcut referire la motivele pentru care a considerat că Răspunsul contestatorului la Solicitarea de Clarificări nu este edificator;

(iii) în mod eronat, a reținut că mențiunea din Documentul Constatator referitoare la încălcarea obligațiilor contractuale privind existența unui număr semnificativ de rapoarte de neconformitate se încadrează în prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea 98/2016, deși prin Răspunsul contestatorului la Solicitarea de Clarificări, acesta a arătat contrariul;

Contestatorul afirmă că toate aceste aspecte demonstrează, că Autoritatea Contractantă nu și-a motivat Decizia de Excludere a sa, alegând să includă în Solicitarea de Clarificare o serie de aspecte generale și vagi care în loc să demonstreze temeinicia Deciziei sale, dovedesc că aceasta nu s-a aplecat în niciun moment asupra Răspunsului contestatorului la Solicitarea de Clarificări.

Or, în conformitate cu dreptul Uniunii Europene o Decizie de excludere nemotivată nu poate rămâne necenzurată, aceasta reprezentând o încălcare flagrantă a dreptului unional.

2. Contrar susținerilor Autorității Contractante, chiar Notificarea ANAP cu privire la situația de excludere reglementată de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice arată că existența

unui document constatator negativ nu poate conduce la o excludere automată a operatorului economic dintr-o procedură de atribuire

Revenind la motivarea formală oferită de către Autoritatea Contractantă în susținerea Deciziei sale SRL precizează că primul "argument" reținut de Autoritatea Contractantă în justificarea excluderii sale este reprezentat de invocarea, în genere, a Notificării ANAP privind situația de excludere reglementată la articolul 167, alineatul (1) litera g din Legea 98/2016 privind achizițiile publice (în continuare "Notificarea ANAP").

Or, contrar susținerilor Autorității Contractante, Notificarea ANAP stabilește în mod clar că un operator economic nu poate fi exclus dintr-o procedură de atribuire motivat exclusiv de existența unui certificat constatator negativ, ci Autoritatea Contractantă trebuie să verifice dacă situația descrisă în documentul constatator îndeplinește în mod cumulativ condițiile impuse de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea 98/2016, după cum urmează:

„În conformitate cu prevederile 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 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 ”.

[...]

Astfel, pentru a fi exclus dintr-o procedură de atribuire în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, operatorul economic trebuie:

- *fie să fi încălcat în mod grav obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziție publică, al unui contract de achiziție sectorială sau al unui contract de concesiune, încheiate anterior;*

- *fie să fi încălcat în mod repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziție publică, al unui contract de achiziție sectorială sau al unui contract de concesiune, încheiate anterior, si, în același timp, respectivele încălcări să fi condus:*

- *fie la încetarea anticipată a respectivului contract,*
- *fie la plata de daune-interese,*
- *fie la alte sancțiuni comparabile cu una dintre cele două menționate mai sus."*

În concluzie, chiar Notificarea ANAP invocată, în mod generic, de către Autoritatea Contractantă în susținerea Deciziei sale demonstrează nelegalitatea măsurii de excludere a SRL din procedura de atribuire.

3. Autoritatea Contractantă a reținut, în mod eronat, faptul că mențiunea din Documentul Constatator referitoare la încălcarea obligațiilor contractuale privind existența unui număr semnificativ de rapoarte de neconformitate se încadrează în prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea 98/2016.

Al doilea motiv prin raportare la care Autoritatea Contractantă și-a justificat măsura de excludere este existența în cadrul Documentului

Constatator a unei mențiuni privind existența unui număr semnificativ de rapoarte de neconformitate în cadrul Contractului A-12714/15.09.2021.

Or, contestatorul apreciază că această mențiune din Documentul Constatator nu se încadrează în cazul de excludere reglementat de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, în ceea ce privește presupusele obligații încălcate de către SRL în cadrul Documentului Constatator se rețin următoarele:

„Pe parcursul derulării contractului Contractantul a fost notificat privind încălcarea clauzelor din contract, astfel: Clauza 22.2 și 22.8 - FE-230/1 3.02.2023, FE- 291/20.02.2023; Clauza 36.2 FE-61/16.01.2023, Clauza 36.4-T-529109.11.2021, FE - 430/04.03.2022, FE709/05.04.2022, FE2039/18.05.2022, FE1360/28.06.2022, F82066/12.09.2022; Clauza 14.4 - FE 1040/18.05.2022.; Clauza 17 - FE 1130/131.05.2022, FE - 2256/05.10.2022, F8-1/03.01.2023

*Pe parcursul derulării contractului au fost constatate: un ritm nesatisfăcător al proiectării conform prevederilor contractului. Contractantul fiind notificat conform clauzei 36.4 din contract cu adresele T-529109.11.2021, FE - 430104.03.2022, FE709 /05.04.2022, F81039 / 18.05.2022, FE1360 /28.06.2022, FF.2066 /12.09.2022 pentru neprezentarea proiectului tehnic; înlocuirea personalului-cheie fără consimțământul prealabil al beneficiarului, Contractantul fiind notificat conform clauzei 14.4 din contract cu adresa nr. FE 1040118.05.2022; un ritm nesatisfăcător în predarea Programului de execuție, antreprenorul fiind notificat conform Clauzei 17 din contract cu adresele nr. FE - 1130/31.05.2022, FE - 2256/05.10.2022 și FE1/03.01.2023 pentru nedepunerea la timp a Programului de execuție; nerespectarea prețului contractului, respectiv depunerea unei propuneri financiare care excedă prețurile contractului, antreprenorul fiind notificat conform clauzei 63.2 (a) pentru încălcarea clauzelor: 78.1, 20.4, 37.5 și 49.1 din contract, cu adresa nr. FE -361/28.02.2023; **existența unui număr ridicat de Rapoarte de Neconformitate** (7), raportat la complexitatea și amploarea lucrărilor executate până în prezent, fapt care conduc la o succesiune de remedieri și măsuri corective la o clădire nou edificată, deficiențe ce pot genera în alte lucrări de rezistență, arhitectură și instalații necesare, suplimentar pentru realizarea lucrărilor deja proiectate și contractate;*

Nerespectarea prevederilor Notificării emise în conformitate cu prevederile punctului (a) al sub clauzei 63.2 prin adresa cu nr. FE-462 din 15.03.2023; e) abateri de la respectarea normelor de sănătate și securitate în muncă P.S.I, legislația de protecție a mediului: Au fost constatate nereguli pe linia securității și sănătății în muncă, notificate prin adresele cu FE-230113.02.2023 și FE-291/20 . 02.2023."

Se menționează că pe o singură mențiune din cele menționate mai sus și-a întemeiat Beneficiarul din Contractul A-12714/15.09.2021 rezilierea.

Or, pentru a putea exclude din cadrul unei proceduri de atribuire un operator economic față de care există un document constatator negativ, Autoritatea Contractantă trebuie să analizeze:

- dacă într-un contract de achiziție anterior operatorul economic s-a făcut vinovat de încălcarea în mod grav sau repetat a obligațiilor sale principale,

iar,

- această încălcare a dus fie la încetarea anticipată a contractului, fie la plata de daune interese sau alte sancțiuni comparabile.

În cadrul Documentului Constatator se reține în mod clar că nu au fost produse prejudicii Autorității Contractante. Pe cale de consecință, în cauză trebuie verificat dacă încălcările menționate în Documentul Constatator au dus la încetarea anticipată a Contractului, pentru a ne afla în cazul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

În aceste condiții în ceea ce privește toate presupusele încălcări menționate în cadrul Documentului Constatator cu excepția "Nerespectarea prevederilor Notificării emise în conformitate cu prevederile punctului (a) al subclauzei 63.2 prin adresa cu nr. FE- 462 din 15.03.2023" condiția impusă de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind obligația ca aceste încălcări să fi dus la încetarea anticipată a Contractului NU ESTE ÎNDEPLINTĂ.

Contestatorul susține că este important să sublinieze că aceste aspecte au fost învederate și Autorității Contractante prin Răspunsul la Solicitarea de Clarificări nr. 2710/05.02.2024, însă Autoritatea Contractantă a ales să le ignore.

Rezultă, deci, că Autoritatea Contractantă nu a procedat la o analiza efectivă a Răspunsului SRL cu privire la Solicitarea de Clarificări, rezumându-se să respecte doar în mod formal obligația sa de a solicita clarificări cu privire la acest aspect.

În concluzie, ... SRL arată:

(i) Contrar celor reținute de către Autoritatea Contractantă, mențiunea din Documentul Constatator referitoare la încălcarea obligațiilor contractuale privind existența unui număr semnificativ de rapoarte de neconformitate nu se încadrează în cazul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g).

(ii) Invocarea acestei mențiuni de către Autoritatea Contractantă evidențiază faptul că aceasta nu a înțeles să se aplece asupra răspunsului contestatorului la solicitarea de clarificare.

4. Contrar susținerilor Autorității Contractante, dispozițiile legale interzic excluderea unui operator economic motivat de simpla existență a unui Document Constatator Negativ

Se reține că Autoritatea Contractantă a înțeles să-și "justifice" măsura de excludere a SRL și prin raportare la faptul că (i) Documentul Constatator este publicat în SEAP și ar avea consecințe juridice pentru terți și (ii) la momentul excluderii nu exista o decizie judecătorească definitivă cu privire la anulare/suspendarea efectelor Documentului Constatator.

Or, această interpretare, în sensul excluderii unui operator economic motivat de (i) simpla existență a unui document constatator negativ și (ii) lipsa unei hotărâri judecătorești prin care efectele Documentului Constatator să fie suspendate/anulate reprezintă o încălcare a dreptului Uniunii Europene și a jurisprudenței CJUE în domeniul achizițiilor publice.

Astfel, în ceea ce privește procedurile de atribuire în curs, art. 166 alin. (8) din Normele Metodologice din 2016 de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru

din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice aprobate prin HG 395/2016 (în continuare "HG 395/2016") stabilește că:

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

Din aceste dispozițiile legale naționale rezultă că în procedurile de atribuire în curs, comisiile de evaluare nu pot să dispună excluderea operatorilor economici cu privire la care există un document constatatator negativ motivat de simplul fapt că față de acel document constatatator nu există o decizie de suspendare/anulare a acestuia.

Din contră, Autoritatea Contractantă este obligată să verifice ea însăși realitatea celor menționate în cadrul Documentului Constatator și existența cazului de excludere, nefiind ținută de cele reținute de către o altă Autoritate Contractantă.

În plus, contestatorul reamintește că motivul de excludere reglementat de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 reprezintă transpunerea la nivel național al art. 57 alin. (4) lit. g) din Directiva 2014/24/UE privind achizițiile publice.

Or, CJUE a stabilit, în mod constant, în jurisprudența sa obligatorie, că autoritatea contractantă este obligată să analizeze ex propriis sensibus existența cazului de excludere și NU poate proceda la excluderea operatorului economic de la procedura de atribuire în mod automat pe baza unor informații din partea altor autorități contractate.

Interpretarea anterior menționată a fost stabilită și prin raportare la legislația națională. Astfel, în cauza Delta, CJUE a stabilit că este contrară dreptului Uniunii Europene excluderea unui operator economic dintr-o procedură de atribuire exclusiv prin raportare la existența unui document constatatator negativ, fără ca autoritatea contractantă să analizeze gravitatea încălcării contractului la care se făcea referire în documentul constatatator.

De asemenea, și în cauzele Tim și Vert Marine, CJUE a stabilit că orice aplicare automată a informațiilor legate de existența unui motiv de excludere a unui ofertant, dintre cele prevăzute de art. 57 alin. (4) din Directiva nr. 24/2014 deci în ceea ce privește dreptul român de art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, fără evaluarea eventualelor măsuri de conformare adoptate de operatorul economic, încalcă prevederile art. 57 alin. (6) din Directiva nr. 24/2014. Mai mult, orice reglementare națională care ar permite o astfel de excludere automată ar încălca principiul proporționalității și ar fi contrară directivei și deci dreptului Uniunii Europene.

De asemenea, în cauza Meca, Curtea a arătat că *„dacă o autoritate contractantă ar trebui să fie în mod automat ținută de o apreciere făcută de un terț, i-ar putea fi dificil să acorde o atenție deosebită principiului proporționalității în momentul aplicării cauzelor de excludere facultative”*.

În cazul dreptului național, în care Autoritatea Contractantă află de existența motivului de excludere reprezentat de deficiențele semnificative în executarea altui contract de achiziții publice prin intermediul Documentului Constatator negativ, emis de altă autoritate contractantă, aceasta ar însemna că existența documentul constatatator NU poate fi

singurul temei al deciziei de excludere a operatorului respectiv din procedură, ci Autoritatea Contractantă trebuie să verifice ex propriis sensibus existența cazului de excludere.

Or, contestatorul opinează că în prezenta cauză acest lucru nu s-a întâmplat Autoritatea Contractantă justificându-și Decizia de excludere a sa exclusiv prin raportare la:

- Mențiunile din Documentul Constatator;
- Lipsa unei Decizii judecătorești de suspendare/anulare a Documentului Constatator

În aceste condiții, și prin raportare la acest motiv se impune în opinia SRL, admiterea prezentei Contestații.

5. Contrar celor reținute de Autoritatea Contractantă, Documentul Constatator nu îndeplinește condițiile impuse de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea 98/2016 pentru a se putea dispune excluderea SRL din procedura de atribuire

După cum a arătat contestatorul, doar mențiunea privind Nerespectarea prevederilor Notificării emise în conformitate cu prevederile punctului (a) al subclauzei 63.2 prin adresa cu nr. FE-462 din 15.03.2023 din Documentul Constatator ar putea fi încadrată, prima facie, în cazul de excludere reglementat de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 deoarece pe acest motiv și-a întemeiat Beneficiarul din Contractul A-12714/15.09.2021 rezilierea.

Pentru o imagine mai clară, contestatorul menționează că Beneficiarul a înțeles să dispună rezilierea ca urmare a executării de către Antreprenor a lucrărilor de arhitectură care fac să devină ascunse lucrările de zidărie anterior presupusei neremedieri a neconformităților constatate la aceste lucrări.

În primul rând, contestatorul subliniază că a contestat Notificarea de Reziliere (Anexa 7) formulând o cerere de arbitraj prin care a solicitat anularea acesteia având în vedere că lucrările de arhitectură au fost continuate cu acordul Supervisorului, neexistând nicio încălcare a unei interdicții din partea Beneficiarului. La acest moment, dosarul arbitral nr. 73/2023 se află pe rolul Curții de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României.

În al doilea rând, contestatorul subliniază că, deși, ca urmare a acțiunii abuzive a Beneficiarului din acel contract, această presupusă încălcare a dus la încetarea anticipată a contractului (aspect ce va fi cenzurat de către instanța arbitrală și instanța națională), Comisia de evaluare are obligația de a stabili dacă această presupusă încălcare reprezintă o încălcare gravă sau repetată a unor obligații principale în conformitate cu art. 167 alin. 1 lit. g) din Legea nr. 98/2016, stabili nefiind ținută de cele menționate în documentul constatator.

Or, ... SRL apreciază că presupusa încălcare menționată în Documentul Constatator nu poate fi calificată drept o încălcare gravă sau repetată a unor obligații principale în conformitate cu art. 167 alin. 1 lit. g) din Legea nr. 98/2016 având în vedere următoarele:

A. Ulterior rezilierii Contractului, Beneficiarul a procedat la recepția fără obiecții și la plata tuturor lucrărilor executate de SRL, inclusiv a lucrărilor de zidărie și arhitectură cu privire la care a invocat existența presupuselor neconformități care au la interdicția de continuare a lucrărilor

de arhitectură (Anexa 8). Contractul nr. A-12714/15.09.2021 era similar cu cel prevăzut de HG 1/2018. Astfel, în temeiul sub-clauzei 64.10 din Condițiile Generale, Beneficiarul ar fi avut dreptul să oprească plata către SRL până la finalizarea lucrărilor cu un alt Antreprenor și, de asemenea, să nu achite lucrările ce le considera executate neconform. Or, Beneficiarul a recepționat fără obiecții și a achitat toate lucrările presupus neconforme pe care și-a întemeiat rezilierea.

B. Motivul rezilierii contractului rezidă într-o pretinsă continuare a lucrărilor, deși o notificare de sistare a acestora a fost anterior transmisă. Or, eventuala (dar nereală, în fapt) continuare a lucrărilor NU valorează juridic cu o încălcare gravă sau repetată a obligațiilor principale asumate de Antreprenor în cadrul contractului, cu consecința lipsei de incidenta a cazului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, continuarea lucrărilor în prezența unei Notificări de sistare, chiar dacă, ad absurdum, ar fi reală (deși nu este, iar jurisdicția competentă urmează a constata acest fapt), nu constituie:

- nici încălcare gravă;
- nici încălcare repetată
- nici încălcare de obligații principale.

Mai mult, în art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016, legiuitorul definește expres ceea ce urmează a se înțelege prin încălcare grava sau repetată a obligațiilor contractuale principale.

Or, continuarea lucrărilor în prezența unei Notificări de sistare nu constituie:

- nici neexecutarea contractului;
- nici executarea de lucrări care prezintă neconformități majore.

Pe cale de consecință, ... SRL precizează că încălcarea de obligații contractuale care a condus la rezilierea contractului și la emiterea Documentului Constatator NU constituie o încălcare gravă sau repetată a unor obligații principale, motiv pentru care condițiile cumulativ statuate prin prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 nu sunt întrunite.

În plus, contestatorul subliniază că, în cauză, aparența de drept aparține SRL. Mai exact, având în vedere rezilierea abuzivă a Contractului, ... SRL a întreprins o serie de demersuri juridice împotriva Beneficiarului din Contractul nr. A-12714/15.09.2021, respectiv am formulat: o acțiune în anulare a Documentului Constatator, precum și o cerere de suspendare a efectelor acestuia (dos. nr. 23694/3/2023); o acțiune în anulare împotriva Notificării de reziliere (dos. 73/2023), o acțiune în suspendarea Notificării de reziliere (dos. nr. 23770/3/2023), o acțiune în suspendarea dreptului Beneficiarului de a dispune executarea Garanției de Bună Execuție (dos. nr. 20460/3/2023).

În dos. nr. 23694/3/2023 și nr. 23770/3/2023, Cererile de suspendare au fost respinse fără ca instanța să procedeze la analiza situația de fapt, apreciind că în cadrul unei proceduri de suspendare nu se poate analiza dacă Antreprenorul se face vinovat sau nu de încălcarea presupusei interdicții de continuare a lucrărilor de arhitectură. În schimb în dos. nr. 20460/3/2023, Tribunalul a analizat această situație și a stabilit următoarele (Anexa 9):

"Tribunalul constată faptul că, în cuprinsul declarației cu privire la culpa exclusivă a asiguratului S.C. Impex S.R.L., U.M. 02444 Sibiu a declarat:

- s-a transmis prin adresa nr. FE-462 din 15.03.2023 o notificare în conformitate cu prevederile punctului (a) al sub-clauzei 63.2 prin care s-a interzis continuarea lucrărilor de arhitectură care fac ca lucrările de zidărie să devină ascunse, până la data soluționării neconformităților

- la ședința din data de 19.05.2023 pentru recepția lucrărilor de zidărie s-a constatat faptul că fațada de sud, ax A, șir 1-5 a fost acoperită cu vată minerală iar lucrările de remediere la zidărie nu au fost finalizate

- în minuta ședinței din data de 24.05.2023 s-a constatat faptul că mai există rosturi necolmate pe ax 3-5/A interior și încăperea P57 pe toată înălțimea, un buiandrug de înlocuit la încăperea P75-T2 și faptul că s-au executat lucrări de tencuire a pereților de zidărie de la subsol, contrar interdicției transmise prin adresa nr. FE-462 din 15.03.2023 și minutei din data de 19.05.2023.

În primul rând, Tribunalul constată faptul că nu s-a făcut dovada întocmirii de către Beneficiar, pentru pct. 1 din declarație, a procesului-verbal de lucrări ce devin ascunse, singurul act juridic reglementat de lege prin care se constată lucrările de construcții devenite ascunse.

În al doilea rând, Tribunalul constată faptul că Beneficiarul a verificat și a recepționat stadiul fizic al lucrărilor astfel cum erau în data de 22.06.2023 iar comisia de verificare a stadiului fizic a constatat în mod expres faptul că neconformitățile au fost remediate iar lucrările la care au fost necesare aceste remedieri au fost decontate. În al treilea rând, Tribunalul reține faptul că, în urma verificării stadiului fizic, Comisia de verificare a stadiului fizic, în baza constatărilor făcute, a propus: admiterea fără obiecții a recepției la stadiu fizic a lucrărilor de investiții imobiliare / lucrări de intervenție.

În al patrulea rând, Tribunalul constată faptul că cele consemnate în minutele din 19.05.2023 și 24.05.2023 au fost stinse prin procesele-verbale de stingere a deficiențelor constatate în minute.

Astfel, Tribunalul constată faptul că Beneficiarul nu a făcut dovada neîndeplinirii obligațiilor stabilite prin acordul contractual, din culpa antreprenorului S.C. IMPEX S.R.L."

Tribunalul constată, din cercetarea tuturor motivelor invocate de reclamantă, faptul că aparența dreptului este în favoarea reclamantei, fapt pentru care reclamanta a făcut dovada cazului bine justificat, întrucât împrejurările legate de starea de fapt și de drept invederate de aceasta sunt de natură să creeze o îndoială serioasă în privința legalității actului administrativ."

Contestatorul susține că la acest moment există o hotărâre judecătorească care stabilește că, în ceea ce privește presupusa încălcare a interdicției de a continua lucrările de arhitectură, aparența de drept aparține SRL, iar Beneficiarul nu a dovedit că SRL se face vinovată de o astfel de încălcare. În aceste condiții, până la pronunțarea unei hotărâri definitive în dosarul având ca obiect anularea Documentului Constatator sau în dosarul având ca obiect anularea Notificării de Reziliere aparența de drept aparține SRL, neputându-se reține că

SRL se face vinovată de o încălcare gravă sau repetată a obligațiilor principale ce-i reveneau în cadrul unui Contract de achiziție publică.

Suplimentar, contestatorul subliniază că prezenta procedură de atribuire privește atribuirea unui Contract având ca obiect elaborarea unui Studiu de Fezabilitate. Or, chiar și în contractul în care a fost emis Documentul Constatator se recunoaște că, în ceea ce privește serviciile de proiectare, Subscrisa și-a îndeplinit obligațiile contractuale, aceste servicii fiind recepționate fără obiecții (Anexa 10).

În final, ... SRL subliniază că deși a contestat Notificarea de Reziliere și existența presupusei încălcări ce a dus la rezilierea Contractului nr. A-12714/15.09.2021, acesta a luat și o serie de măsuri la nivel tehnic, organizațional și în materia de personal pentru a limita posibilitatea apariției unei situații similare în prezentul Contract, respectiv:

- stabilirea în interiorul organizației, prin delegarea unor sarcini concrete de serviciu, a unei structuri informale de verificare continuă a stadiului prestării/ execuției, prin raportare la termenele contractuale de prestare;

- organizarea obligatorie a unei ședințe săptămânale, la care participa toți factorii de decizie din cadrul organizației, care analizează stadiul prestării/ execuției în cadrul fiecărui contract, prin raportare la termenul contractual de prestare/ execuție, identifică impedimentele din cadrul fiecărui proiect și dispune măsurile adecvate de rezolvare, analizează corespondența cu posibile implicații juridice;

- crearea unor raporturi juridice cu terți prestatori de servicii/ executanți de lucrări, a căror implicare poate fi oricând activată în ipotezele în care volumul activității contractate a organizației depășește personalul disponibil la un anumit moment (indisponibilitate temporară);

- contractarea serviciilor unei case de avocatura și a unei companii care furnizează servicii de consultanță în materia achizițiilor publice și implementării proiectelor finanțate din fonduri publice, care analizează întreaga comunicare cu implicații juridice a organizației cu beneficiarii și comunică în mod prompt factorilor de decizie conduita de urmat, potrivit legii și fiecărui contract, astfel încât să nu poată interveni în viitor ipoteze de lucru care ridică riscul rezilierii contractului.

În concluzie, având în vedere toate motivele detaliate anterior, Contestatorul arată că, în cauză nu erau îndeplinite condițiile impuse de lege pentru a se putea dispune excluderea sa din procedura de atribuire, motiv pentru care se impune admiterea prezentei contestații astfel cum a fost formulată.

Prin adresa nr. 110/04.03.2024, înregistrată la CNSC cu nr. 13400/04.03.2024, autoritatea contractantă a transmis punct de vedere cu privire la contestația depusă de SRL, solicitând respingerea acesteia cu titlu de excepție ca, lipsită de interes, lipsită de obiect și introdusă de o persoană fără calitate, iar pe fondul cauzei ca nefondată.

Autoritatea contractantă susține că procedura de achiziție a fost demarată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare cu nr. /01.11.2023.

Procedura de atribuire utilizată este licitație deschisă, în conformitate cu dispozițiile Legii 98/2016, iar valoarea estimată a contractului este de 9.745.000 lei, fără TVA.

În cadrul procedurii de achiziție, până la data și ora limită de depunere a ofertelor (așa cum a fost indicat în anunțul de participare) au fost depuse 5 oferte, fapt care denotă un nivel adecvat de concurență din partea operatorilor economic interesați. Operatorul economic S.R.L. a fost declarat ca subcontractant și terț susținător de către ofertantul, așa cum rezultă din formularul DUAЕ, acordul de subcontractare nr. 6 din data de 05.12.2023 și angajamentul privind susținerea acordată ofertantului pentru îndeplinirea criteriului referitor la capacitatea tehnică și/sau profesională - experiența similară.

Evaluarea celor 5 oferte s-a realizat cu respectarea principiilor dispuse la art. 2, alin. (2) din Legea 98 privind achizițiile publice.

Cu privire la motivele exprimate (în sinteză) în cuprinsul Contestației, Autoritatea solicită Consiliu să dispună respingerea acestora ca nefondate și neîntemeiate, sens în care înțelege să facă următoarele precizări:

I. Referitor la primul capăt al cererii, se menționează:

Aspecte preliminare

a) Prin intermediul contestației operatorul economic solicită: Remedierea vătămarilor aduse drepturilor și intereselor sale (...), fără însă a detalia care sunt în fapt aceste presupuse vătămări.

În sensul stabilit de dicționarul explicativ român vătămare este definită ca : acțiunea de a (se) vătăma și rezultatul ei. Rănire, rană; lovire, lovitură; îmbolnăvire, boală. Rezultă astfel că operatorul economic nu stabilește în clar care îi sunt pretențiile/ cerințele exprese, care ar trebui întreprinse de autoritatea contractantă ca urmare a soluționării acestei contestații.

b) Din cele solicitate de contestatar nu rezultă în clar care sunt pretențiile acestuia, respectiv ce anume trebuie să facă/ să întreprindă autoritatea contractantă ca urmare a soluționării contestației - cum anume se poate restabili echilibrul în cadrul procedurii în vederea satisfacerii cerințelor operatorului economic.

c) La data depunerii ofertei și nici la data depunerii contestației efectele documentului constatator nu sunt suspendate/ anulate de către instanță, care este singura instituție care poate dispune acest lucru.

d) Contestatarul invocă elemente de nelegalitate fără însă a motiva și demonstra care sunt acestea. Afirmațiile sale sunt subiective, acesta substituindu-se atât comisiei de evaluare cât și instanței (prin faptul că analizează elementele de legalitate ale certificatului constatator negativ, deși instanța a decis menținerea efectelor acestuia).

Ofertantul CDP Construct a participat la procedura de achiziție publică împreună cu următorii operatori economici: DANAVI - CIF: RO13062781 (Subcontractant), MUZEUL JUDEȚEAN - CIF: 4013348, (Subcontractant), GEOFORAJ SRL- CIF: RO i4534i8i(Subcontractant), PROTELCO - CIF: 8606690 (Subcontractant), Mondev Real Estate - CIF: 36277500 (Subcontractant), PEGASUS ENGINEERING - CIF: RO26283130 (Tert si subcontractant), EURO CERAD INTERNATIONAL CIF: 25329026 (Tert si Subcontractant), ... S.R.L. - CIF: (Tert si subcontractant). Conform informațiilor prezentate în cadrul Formularului 8 - Acord de subcontractare nr. 6 din data de 5.12.2023 în vederea participării la procedura de achiziție publică a contractului având ca obiect „Servicii de Elaborare Studiu de Fezabilitate pentru obiectivul de investiții

„Varianta de Ocolire - etapa 2", ... SRL realizează un procent de 5% din activitățile și Prețul Contractului de Servicii încheiat între Contractant și (a se vedea Anexa 1 la prezentul punct de vedere). CDP CONSTRUCT SRL este ofertant UNIC.

În urma evaluării Formularului DUAЕ, comisia de evaluare a constatat în cadrul subsecțiunii *Încetare anticipată, daune-interese și alte sancțiuni comparabile*, existența unui Document Constatator negativ, respectiv Documentul constatator nr. A2-2381/10.07.2023 emis de Unitatea Militara 02444 Sibiu aferent contractului nr. A-12714/15.09.2021 privind „Realizarea pavilionului NOC (...)"

Având în vedere prevederile art. 166, alin. (5Ai) din H.G. 395/2016 *"Autoritatea contractantă are obligația de a actualiza în SEAP informațiile cu privire la documentul prevăzut la alin. (5) în termen de 5 zile de la momentul luării la cunoștință că situația de fapt ce a stat la baza emiterii respectivului"* comisia de evaluare a verificat în SEAP Documentul constatator nr. A2-2381/10.07.2023 și a constatat că acesta este publicat pe SEAP (Anexa 2 la prezentul document), producând efecte juridice față de terți.

Drept urmare, s-au solicitat clarificări ofertantului CDP CONSTRUCT SRL, în sensul prezentării de documente justificative din care să reiasă că operatorul economic SRL JIU se încadrează în prevederile secțiunii C a DUAЕ conform art. 171 alin. (1) din Legea 98/2016 coroborat cu art 171, alin. (3) ale aceluiași act normativ.

Ofertantul a răspuns în termen, în SEAP prin adresa nr. 2710/05.02.2024 (documentul fiind semnat cu semnătură electronică extinsă, bazat pe un certificat calificat, conform prevederilor legale în vigoare), la care a atașat documente suport.

Din documentele suport prezentate de ofertant, Autoritatea reține Anexa 1.2 Cerere către Tribunalul-Secția a II-a de Contencios Administrativ și Fiscal prin care S.R.L. solicită anularea Documentului Constatator nr. A2-2381 din data de 10.07.2023 și comunicat Autorității în data de 28.07.2023, Suspendarea efectelor Documentului Constatator nr. A2-2381 din data de 10.07.2023 și comunicat Autorității în data de 28.07.2023 până la soluționarea prezentei cauze.

Comisia de evaluare a verificat link-ul portalului instanței de judecată, Tribunalul cu privire la stadiul procesului inițiat de subcontractantul și tertul sustinator SRL către autoritatea contractantă.

Aceștia au constatat că, în data de 16.10.2023, cererea de suspendare a executării documentului constatator nr. A2-2381/ 10.07.2023 a fost respinsă ca neîntemeiată. S.R.L. a depus recurs, iar un nou termen este așteptat în data de 11.03.2024.

Astfel, se constată că documentul constatator este valabil și produce efecte juridice la data depunerii ofertei.

Autoritatea contractantă susține că are obligația de a-și proteja interesele și de a lua decizii în conformitate cu procedurile legale stabilite. Procesul de evaluare și implicit motivarea deciziei comisiei de evaluare se regăsește în procesul - verbal de evaluare, la care operatorul economic nu a avut acces în vederea formulării contestației. Astfel, conținutul unei solicitări de clarificare (pus la dispoziție de CDP CONSTRUCT SRL în

calitate de ofertant unic) nu poate fi considerat relevant pentru procesul de luare a deciziilor/ motivarea deciziilor comisiei de evaluare, așa cum în mod eronat afirmă contestatarul.

Se constată de către Autoritate că operatorul economic tratează cu superficialitate documentul constatator, însă în domeniul achizițiilor publice, acesta este un document important care conține informații privind îndeplinirea sau, după caz neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant, fiind relevant pentru stabilirea comportamentului operatorului economic în situații similare, cum ar fi execuția contractului care face obiectul achiziției. În acest sens, acceptarea unui operator economic care eșuează în realizarea obiectului contractului, în mod repetat (așa cum rezultă în mod clar din conținutul documentului constatator) este un risc pe care autoritatea contractantă poate decide sau nu să și-l asume, prin raportare la implicațiile proprii ale contractului.

Acest document oferă autorităților contractante o evidență concretă a istoricului operatorilor economici în ceea ce privește respectarea obligațiilor contractuale. Prin urmare, importanța acestui document constă în capacitatea sa de a asigura transparența, integritatea și eficiența procesului de achiziții publice. Este un instrument vital pentru luarea deciziilor informate în ceea ce privește includerea sau excluderea anumitor operatori economici din procedurile ulterioare de achiziții publice, asigurând astfel protecția intereselor și a bunurilor publice.

Mai mult, din conținutul DUAЕ prezentat de operatorul economic nu rezultă nici o măsură întreprinsă de operatorul economic în vederea reabilitării/ îndreptării comportamentului, astfel încât acesta să prezinte argumentele necesare în vederea acceptării operatorului economic în cadrul procedurii de achiziție.

Comisia de evaluare a ajuns la concluzia că, deoarece nu există o hotărâre judecătorească care să suspende efectele documentului constatator în prezent, acesta rămâne valabil din punct de vedere legal și generează efecte juridice. În consecință, autoritatea contractantă este obligată să întreprindă toate măsurile necesare pentru a respecta principiile stabilite conform art. 2, alin. (2) din Legea 98/2016.

Conform Documentului constatator nr. A2-2381/ 10.07.2023 al Ministerului Apărării Naționale, Unitatea Militară 02444, se evidențiază detaliile referitoare la contractul nr. A-12714/15.09.2021. În acest document, se menționează că, în ciuda specificațiilor referitoare la calitatea lucrărilor care au fost considerate satisfăcătoare, clauzele contractuale au fost încălcate, iar modul de organizare, conducere și executare a acestora a fost evaluat ca fiind nesatisfăcător. De asemenea, în cadrul documentului constatator sunt incluse un număr semnificativ de rapoarte de neconformitate (7), în raport cu complexitatea și amploarea lucrărilor efectuate.

Chiar dacă aceste rapoarte de conformitate au fost remediate conform procesului verbal de inspecție și inventariere a lucrărilor nr. A2-2370 din 07.07.2023, numărul semnificativ al acestora atrage atenția autorității asupra operatorului economic. Această situație poate sugera deficiențe în abordarea și respectarea cerințelor contractuale, ceea ce ridică preocupări privind capacitatea operatorului economic de a îndeplini în mod adecvat și consistent angajamentele contractuale.

De asemenea, sunt enumerate o serie de nereguli depistate în timpul derulării contractului. Câteva dintre acestea includ:

Pe parcursul derulării contractului au fost constatate:

- un ritm nesatisfăcător al proiectării conform prevederilor contractului. Contractantul fiind notificat conform clauzei 36.4 din contract cu adresele T-5 2 9/09.11.2021, KK - 430/04.03.2022, FE709/05.04.2022, FE1039/18.05.2022, FE1360/28.06.2022, FE2066/12.09.2022 pentru neprezentarea proiectului tehnic.

-înlucuirea personalului-cheie fără consimțământul prealabil al beneficiarului. Contractantul fiind notificat conform clauzei 14.4 din contract cu adresa nr. FE - 1040/18.05.2022.

- un ritm nesatisfăcător în predarea Programului de execuție, antreprenorul fiind notificat conform Clauzei 17 din contract cu adresele nr. FE - 1130/31.05.2022, FE 2256/05.10.2022 și FE-1/03.01.2023 pentru nedepunerea la timp a Programului de execuție.

- nerespectarea prețului contractului, respectiv depunerea unei propuneri financiare care exceda prețului contractului, antreprenorul fiind notificat conform clauzei 63.2 (a) pentru încălcarea clauzelor: 18.1, 20.4, 37.5 și 49.1 din contract, cu adresa nr. FE - 361/28.02.2023.

- existența unui număr ridicat de Rapoarte de Neconformitate (7), raportat la complexitatea și amploarea lucrărilor executate până în prezent, fapt care conduce la o succesiune de remedieri și măsuri corective la o clădire nou edificată, deficiențe ce pot genera în alte lucrări de rezistență, arhitectură și instalații necesare, suplimentar pentru realizarea lucrărilor deja proiectate și contractate.

- Nerespectarea prevederilor Notificării emise în conformitate cu prevederile punctului (a) al sub-clauzei 63.2 prin adresa cu nr. FE-462 din 15.03.2023.

c) abateri de la respectarea normelor de sănătate și securitate în muncă, P.S.I. legislația de protecția mediului;

Au fost constatate nereguli pe linia securității sănătății în muncă, notificate prin adresele cu FE-230/13.02.2023 și FE-291/20.02.2023.

Nu au existat nereguli în domeniul apărării împotriva incendiilor.

Nu au fost constatate nereguli în domeniul protecției mediului.

I") Deficiente în derularea contractului și mod de remediere (clauze contractuale nerespectate):

Clauza 22.2 „în executarea Contractului, Antreprenorul va respecta Legea și reglementările în vigoare legate de securitatea muncii, inclusiv, dacă este cazul, reglementările specifice de securitate și siguranță ale Beneficiarului. Antreprenorul va lua măsuri de siguranță pentru Personalul său corespunzătoare pericolului fizic potențial, Antreprenorul va fi responsabil de monitorizarea nivelului de risc fizic la care este expus Personalul său și pentru informarea Beneficiarului cu privire la situație. Dacă Beneficiarul sau Antreprenorul iau la cunoștință o amenințare iminentă a vieții sau sănătății unui membru al Personalului Antreprenorului, Antreprenorul va acționa de urgență pentru siguranța persoanelor implicate. În cazul în care Antreprenorul întreprinde o astfel de acțiune, îl va informa imediat pe Supervisor.”

Clauza 22.8 Antreprenorul poartă întreaga răspundere în cazul producerii accidentelor de muncă, evenimentelor și incidentelor

periculoase, îmbolnăvirilor profesionale generate sau produse de echipamentele tehnice (Utilaje, instalații etc.) și de muncă sau de procedeele tehnologice utilizate, sau de către Personalul său inclusiv orice persoană care desfășoară, direct...

După cum se observă și din conținutul notificării transmise de Unitatea Militară, contractul a fost reziliat, pe motiv de încălcare GRAVĂ a prevederilor contractuale.

Astfel, așa cum rezultă în mod clar din jurisprudență, pentru a fi exclus dintr-o procedură de atribuire, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, operatorul economic trebuie:

- fie să fi încălcat în mod grav obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziție publică, al unui contract de achiziție sectorială sau al unui contract de concesiune, încheiate anterior;

- fie să fi încălcat în mod repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziție publică, al unui contract de achiziție sectorială sau al unui contract de concesiune, încheiate anterior, și, în același timp, respectivele încălcări să fi condus:

- fie la încetarea anticipată a respectivului contract,

- fie la plata de daune-interese,

- fie la alte sancțiuni comparabile cu una dintre cele două menționate mai sus.

Prin urmare, pentru invocarea acestei situații de excludere, este suficientă îndeplinirea uneia dintre condițiile menționate în prima teză a art. 167 alin. (1) lit. g), cumulativ cu una dintre condițiile menționate în teza a doua, nefiind necesară îndeplinirea cumulativă a tuturor condițiilor prevăzute în prima teză, respectiv a tuturor celor prevăzute în a doua teză.

Astfel, se exemplifică situația care poate fi considerată motiv de excludere, precizând că:

- un prim aspect care trebuie clarificat în legătură cu situația de excludere care face obiectul notificării vizează situația în care un contract conține clauze de aplicare a unor penalități pentru încălcarea anumitor obligații; în acest caz, aplicarea de penalități conform clauzelor contractuale, în cadrul unui contract de achiziții publice/sectoriale/de concesiune, aduce operatorul economic în cauză în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 numai în măsura în care neîndeplinirea obligațiilor respective/întârzierea în îndeplinirea acestora reprezintă o abatere gravă sau în cazul în unor abateri/întârzieri repetate;

- în același timp, este important de subliniat că legea permite acceptarea în procedură a unui operator economic aflat în situația de excludere care face obiectul notificării în cazul în care acesta poate furniza dovezi prin care să arate că a luat măsuri suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea, dovezi care se pot referi inclusiv la plata penalităților sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate;

Rezultă în mod clar că operatorul economic nu a prezentat nici un document justificativ din care să rezulte reabilitarea/ remediarea prejudiciilor cauzate de acesta.

Contrar afirmațiilor contestatorului, excluderea acestuia din procedura de achiziție nu s-a făcut fără fundamentare ba din contră, în prealabil comisia de evaluare a formulat solicitări de clarificare în vederea fundamentării deciziei sale.

Luând în considerare Notificarea ANAP cu referire la excluderea operatorului economic în conformitate cu art. 167, alin. 1 din Legea 98/2016, care clarifică că *"Pentru a fi exclus dintr-o procedură de atribuire în temeiul art 167 alin. (1) lit g) din Legea nr. 98/2016, operatorul economic trebuie să fi încălcat în mod grav obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziție publică, al unui contract de achiziție sectorială sau al unui contract de concesiune, încheiate anterior; fie să fi încălcat în mod repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziție publică, al unui contract de achiziție sectorială sau al unui contract de concesiune, încheiate anterior, și, în același timp, respectivele încălcări să fi condus fie la încetarea anticipată a respectivului contract, fie la plata de daune-interese, fie la alte sancțiuni comparabile cu una dintre cele două menționate mai sus."*, rezultă următoarele:

În conformitate cu anunțul de atribuire nr. CAN1062893/22 septembrie 2021 publicat în SEAP, durata contractului A12714/15.09.2021 este specificată ca fiind de 57 de luni, iar rezilierea contractului după aproximativ 21 de luni de la semnare din motivele mai sus precizate, este evident că a fost întemeiată, operatorul economic a încălcat în mod GRAV și REPETAT obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul contractului de achiziție nr. A12714/15.09.2021 încheiat cu Unitatea Militară 02444, fapt care a condus la aplicarea sancțiunii de către achizitor cu încetarea anticipată a contractului.

Pe cale de consecință, este clar din modalitatea de evaluare a ofertelor că autoritatea contractantă (prin intermediul comisiei de evaluare) a realizat diligențele necesare pentru evaluarea motivelor de excludere a operatorului economic.

Astfel, Comisia de evaluare a evaluat corect prin încadrarea operatorului economic SRL în prevederile art. 167, alin (1), lit. G) din Legea 98/2016 și înlocuirea acestuia conform prevederilor art. 170, alin. (2) din Legea 98/2016: *„(2) În cazul în care este identificată o situație de excludere, cu aplicarea în mod corespunzător a dispozițiilor art 171, autoritatea contractantă solicită ofertantului /candidatului o singură dată să înlocuiască un subcontractant în legătură cu care a rezultat, în urma verificării, că se află în această situație”*.

Coroborat cu art. 183, alin. (2) din aceeași lege:

„(2) Dacă terțul/terții nu îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau se încadrează în unul dintre motivele de excludere prevăzute la art 164,165 și 167, autoritatea contractantă solicită, o singură dată, ca operatorul economic să înlocuiască terțul/terții susținători fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art 2 alin. (2) lit. b)”.

Se menționează că atât existența documentului constatat negativ cât și menținerea efectelor sale de către instanța judecătorească din care rezultă nerespectarea obligațiilor contractuale de către operatorul economic (situație reglementată la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr.

98/2016) cu săvârșirea unei abateri profesionale (reglementată la art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016) așa cum este stabilit în Decizia Curții de Justiție a Uniunii Europene (CJUE), pronunțată în Cauza C-465/11, la pct. 29 unde se precizează: „(...) în consecință, nerespectarea de către un operator economic a obligațiilor sale contractuale poate, în principiu, să fie considerată drept abatere profesională”, fundamentează decizia autorității contractante.

Subliniază autoritatea contractantă faptul că membrii comisiei de evaluare nu au reponsabilități în analiza cauzelor care au condus la emiterea unui document constatat negativ, decizia aparținând emitentului documentului respectiv. Chiar dacă au fost prezentate înscrisuri din care rezultă că acesta a fost contestat, până la soluționarea definitivă a dosarului în instanță documentul este valabil și continuă să producă efecte.

Mai mult decât atât, ofertantul SRL nu a contestat decizia comisiei și a răspuns la solicitarea de înlocuire în SEAP, în termen, nominalizând în data de 19.02.2024 prin adresa nr. 2746 pe Specialist Consulting SRL, în calitate de subcontractant și terț susținător, prezentând în același timp și documentele de calificare conform cerințelor documentației de atribuire.

Prin transmiterea documentelor de calificare pentru noul operator economic în calitate de subcontractant și terț susținător, ofertantul a demonstrat în mod explicit că este de acord cu solicitarea comisiei de evaluare. Această acțiune reprezintă o manifestare a consimțământului său și confirmă intenția sa de a se conforma cerințelor și recomandărilor autorității contractante.

Prin urmare, acțiunile ofertantului în conformitate cu solicitarea comisiei de evaluare reprezintă un element semnificativ în procesul de achiziție publică, subliniind angajamentul său față de respectarea cerințelor și asigurând buna desfășurare a procedurii.

În plus, autoritatea contractantă susține că nu are un raport juridic direct cu subcontractantul și terțul susținător, ofertantul este cel care are un raport juridic direct cu acesta. Prin urmare atât timp cât ofertantul a încetat colaborarea cu acesta prin înlocuirea și declararea ca subcontractant și terț susținător a altui operator economic, contestatorul SRL nu mai are calitatea de participant la procedură și nu mai este parte a ofertei. Astfel, contestația sa este considerată de către autoritatea contractantă lipsită de interes legitim. Procesul de contestare ar trebui să aibă un scop clar și să fie direcționat către protejarea intereselor valide ale contestatorului. În lipsa unui interes Legitim, contestația devine nulă și fără efect.

Prin urmare, autoritatea contractantă solicită Consiliului să constate că SRL este lipsit de temei în formularea unei astfel de contestații și să dispună respingerea contestației cu titlul de excepție ca, lipsită de interes, lipsită de obiect și introdusă de o persoană fără calitate, iar pe fondul cauzei ca nefondată.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a solicitat contestatorului SRL să-și exprime un punct de vedere cu privire la excepțiile invocate de autoritatea contractantă în Punctul de vedere nr. ..., înregistrat la CNSC sub nr. ...

Cu adresa datată ... înregistrată la Consiliu sub nr. ..., ... SRL depune Note scrise la punctul de vedere al autorității contractante, prin care solicită respingerea tuturor excepțiilor invocate de către autoritatea contractantă prin Punctul de Vedere.

Contestatorul reține că autoritatea contractantă nu a înțeles să-și motiveze excepțiile invocate.

Se arată că potrivit art. 18 alineatele (1) și (3) 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 (în continuare "Legea nr. 101/2016"):

"(1) În termen de 5 zile de la data la care a primit contestația, autoritatea contractantă are obligația de a transmite Consiliului și contestatorului, din oficiu, punctul său de vedere asupra contestației.

(3) Lipsa punctului de vedere nu împiedică soluționarea contestației, în măsura în care s-a făcut dovada comunicării acesteia către autoritatea contractantă. Lipsa punctului de vedere al autorității contractante atrage decăderea ei din dreptul de a mai propune probe și de a invoca excepții, în afara celor de ordine publică, dacă legea nu prevede altfel."

Astfel, Punctul de Vedere menționat în dispozițiile prezentate mai sus, fiind un act procedural întocmit în temeiul Legii nr. 101/2016, normă specială, în lumina principiului de drept specialia generalibus derogant, ar trebui să conțină aceleași elemente ca prevăzute de Lege pentru formularea Contestației, mai exact, cele prevăzute de art. 10 din Legea nr. 101/2016.

Din analiza dispozițiilor prezentate supra, precum și printr-o interpretare sistematică a acestor dispoziții cu cele prevăzute de art. 205 alin (1) C.proc.civ. („Întâmpinarea este actul de procedură prin care pârâtul se apără, în fapt și în drept, față de cererea de chemare în judecată"), un observator obiectiv ar putea și ar trebui să ajungă la concluzia că Punctul de Vedere al Autorității Contractante, astfel cum este reglementat prin Legea nr. 101/2016 are veritabila natură juridică a unei întâmpinări.

În al doilea rând, având ca premisă silogismul juridic argumentat supra, contestatorul pune în discuție lipsa unui element obligatoriu ce trebuie regăsit în cadrul Punctului de Vedere, și anume, motivarea în fapt și în drept a acestuia.

Astfel, Autoritatea Contractantă, prin Punctul de Vedere depus la dosar, a solicitat Consiliului "respingerea Contestației cu titlu de excepție ca, lipsită de interes, lipsită de obiect și introdusă de o persoană fără calitate ", însă, din redactarea susținerilor Autorității nu poate fi identificată nicio motivare în fapt sau în drept a acestor excepții.

Or, lipsa motivării excepțiilor invocate de către Autoritatea Contractantă produce un prejudiciu contestatorului, anume imposibilitatea de a formula o apărare efectivă, fapt ce încalcă principiile fundamentale ale dreptului procesual civil, anume, principiul contradictorialității, astfel cum este descris și în art. 13 alin. (3) C.proc.civ. ("Părților li se asigură posibilitatea de a participa la toate fazele de desfășurare a procesului. Ele pot să ia cunoștință de cuprinsul dosarului, să propună probe, să își facă

apărări, să își prezinte susținerile în scris și oral și să exercite căile legale de atac, cu respectarea condițiilor prevăzute de lege ") și principiul dreptului la apărare.

Astfel, invocarea pur formală a unor excepții în lipsa oricărei motivări nu este suficientă, ci Autoritatea Contractantă ar fi trebuit să motiveze în fapt și drept fiecare excepție invocată astfel încât subscrisa să poată formula apărări efective față de fiecare critică invocată.

În lipsa existenței oricărei motivări, atât Consiliul, cât și contestatorul sunt în imposibilitatea de a înțelege motivele prin raportare la care Autoritatea Contractantă a înțeles să invoce aceste excepții.

Contestatorul invocă netemeinicia excepției lipsei de interes, apreciind că deține un interes legitim, personal, născut și actual în formularea contestației.

Potrivit art. 32 alin. (1) C.proc.civ.:

"(1) Orice cerere poate fi formulată și susținută numai dacă autorul acesteia:

- a) are capacitate procesuală, în condițiile legii;*
- b) are calitate procesuală;*
- c) formulează o pretenție;*
- d) justifică un interes".*

Conform art. 33 C.proc.civ.:

"Interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut și actual. Cu toate acestea, chiar dacă interesul nu este născut și actual, se poate formula o cerere cu scopul de a preveni încălcarea unui drept subiectiv amenințat sau pentru a preîntâmpina producerea unei pagube iminente și care nu s-ar putea repara."

Iar, potrivit art. 40 alin. (1) C.proc.civ:

"Cererile făcute de o persoană care nu are capacitate procesuală sunt nule sau, după caz, anulabile. De asemenea, în cazul lipsei calității procesuale sau a interesului, instanța va respinge cererea ori apărarea formulată ca fiind făcută de o persoană sau împotriva unei persoane fără calitate ori ca lipsită de interes, după caz".

În interpretarea acestor dispoziții legale, în doctrină s-a stabilit că:

"Prin interes se înțelege folosul practic, material sau moral, urmărit de cel care a pus în mișcare acțiunea civilă, indiferent de forma concretă de manifestare a acesteia - cerere în justiție sau apărare de fond ori procedurală.

Pentru a stabili dacă o parte are interes în exercitarea acțiunii civile, instanța trebuie să prefigureze folosul efectiv pe care aceasta l-ar obține în ipoteza admiterii formeii procedurale exercitate".

De asemenea, în ceea ce privește condiția ca interesul să fie personal, în doctrină s-a reținut că:

"Interesul trebuie să fie personal, în sensul că folosul urmărit prin cererea în justiție va aparține titularului acesteia. Printr-un demers în justiție trebuie să se urmărească asigurarea propriilor interese, nu ale altuia sau salvagardarea legii în general. Un astfel de interes este caracteristic contenciosului subiectiv, care tinde a se finaliza printr-un act jurisdicțional cu efecte inter partes, cu efecte relative. Este expresia unui principiu individualist, în lipsa căruia însă justiția n-ar putea funcționa".

În plus, contestatorul subliniază că și la nivel comunitar, în jurisprudența CJUE s-a reținut că reclamantul deține un interes în cauză, atunci când prin admiterea acțiunii acesta va obține un beneficiu. De exemplu, prin Hotărârea pronunțată în cauza C-519/07 P, Comisia Comunităților Europene vs. Koninklijke FrieslandCampina NV, CJUE a reținut că:

"Potrivit unei jurisprudențe constante, interesul reclamantului de a exercita acțiunea, în raport cu obiectul acesteia, presupune ca acțiunea să fie susceptibilă, prin rezultatul său, să aducă un beneficiu părții care a formulat-o". [Traducerea S&V].

Rezultă, deci, că interesul reprezintă folosul practic pe care reclamantul îl urmărește prin declanșarea procedurii judiciare și acesta trebuie să fie născut, actual și personal, condiție care trebuie să se mențină pe toată perioada derulării litigiului și nu doar la momentul introducerii acțiunii.

Existența sau inexistența interesului ca și condiție de exercitare a acțiunii civile trebuie analizată, deci, de instanță în fiecare caz în parte, instanța apreciind în concret folosul practic pe care îl urmărește reclamantul prin raportare la situația de fapt a speței.

De asemenea, în prezenta cauză, având în vedere temeiul invocat de către contestator în demonstrarea condiției interesului trebuie analizate și dispozițiile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

În plus, Agenția Națională pentru Achiziții Publice (în continuare „ANAP”) a emis o Notă de Bune Practici cu privire la interpretarea noțiunilor de furnizor și subcontractant în contractul de achiziție publică/sectorial, în care a explicat în termeni clari care este calitatea unui subcontractant într-o procedură de achiziții publice.

De altfel, faptul că Terțul Susținător și Subcontractantul sunt considerați participanți în cadrul procedurii de atribuire rezultă din obligația acestora de a completa anumite formulare în cadrul procedurii. De exemplu, atât Terțul Susținător, cât și Subcontractantul sunt obligați să depună DUAЕ, Declarația privind lipsa conflictului de interese, Declarația privind respectarea reglementărilor obligatorii din domeniul mediului social, al relațiilor de muncă și privind respectarea legislației de securitate și sănătate în muncă, etc.

Dacă, Terțul Susținător și Subcontractantul nu ar fi considerați participanți direcți la procedura de atribuire cu un interes personal în legătură cu aceasta, nu ar mai exista obligația ca aceștia să completeze formularele în mod direct, urmând ca acestea să fie completate exclusiv de către ofertant.

Mai mult, art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 reglementează posibilitatea oricărei persoane care se consideră vătămată într-un drept al său printr-un act al unei autorități contractante să solicite anularea acelui act.

În plus, și dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. (f) în care sunt prezentate condițiile ce trebuie îndeplinite pentru a beneficia de prezumția de "persoană care se consideră vătămată", susțin prezenta ipoteză.

Or, ... SRL:

(i) În calitatea sa de terț susținător și subcontractant a unui operator economic participant la procedură, în mod evident, are un interes cu privire la prezenta procedură de atribuire; și

(ii) A suferit un prejudiciu ca urmare a solicitării de clarificare nr. 87/14.02.2024 prin care a fost solicitată înlocuirea sa având în vedere că aceasta a pierdut șansa de a fi subcontractant în cadrul Contractului de Servicii de Elaborare Studiu de Fezabilitate pentru obiectivul de investiții „Varianta de Ocolire - etapa 2” (și implicit, profitul ce l-ar fi câștigat).

Se apreciază că SRL îndeplinește condițiile pentru a fi o astfel de "persoană care se consideră vătămată."

Mai mult, Autoritatea Contractantă susține în Punctul său de Vedere că SRL nu ar avea interes în a formula o contestație pentru că a fost înlocuită de către ofertant și, pe cale de consecință, nu ar mai avea calitatea de participant în cadrul procedurii de atribuire.

Or, această afirmație este complet eronată în opinia contestatorului. În primul rând, se menționează că SRL a fost înlocuită ca urmare a solicitării exprese și obligatorii a Autorității Contractante. Practic, Ofertantul NU a ales, din proprie inițiativă, înlocuirea sa, ci a procedat la înlocuirea acestuia pentru că în caz contrar ar fi fost exclus chiar el din procedura de atribuire.

În mod evident, niciun ofertant nu ar fi ales să fie exclus din procedura de atribuire, în situația în care are o alternativă în acest sens, chiar dacă această alternativă implică înlocuirea unui terț și/sau subcontractant.

Rezultă că înlocuirea SRL (excluderea) a reprezentat consecința directă a Solicitării de Clarificare ce face obiectul prezentei cauze.

În al doilea rând, se apreciază că, chiar susținerile Autorității Contractante dovedesc existența interesului contestatorului și calitatea sa procesuală în prezenta cauză. Astfel, conform dispozițiilor legale citate anterior, rezultă că împotriva unui act emis în cadrul procedurii de atribuire poate formula contestație:

i) O persoana care are sau a avut interes în legătură cu o procedură de atribuire. Or, ... SRL a avut interes în legătură cu prezenta procedură de atribuire în calitatea sa de subcontractant și terț susținător;

ii) O persoană care a suferit un prejudiciu ca o consecință a actului emis de autoritatea contractantă. Or, tocmai faptul că, drept consecință a solicitării de clarificare, contestatorul nu mai participă la procedura de atribuire reprezintă prejudiciul care dă naștere interesului în formularea prezentei contestației.

De altfel, dacă ar accepta raționamentul Autorității Contractante, contestatorul afirmă că nici măcar un ofertant exclus dintr-o procedură de atribuire nu ar mai putea formula contestație împotriva actului prin care a fost exclus, deoarece acesta, ulterior momentului excluderii, nu ar mai avea calitatea de participant în cadrul procedurii de atribuire.

Astfel, dacă contestatorul ar accepta opinia Autorității Contractante, ar însemna, pe de-o parte o lipsire a operatorilor economici de la dreptul la justiție, prevăzut și în art. 21 din Constituția României, iar pe de altă parte, o reinventare a întregii jurisprudențe a Consiliului.

În plus, în susținerea argumentului prezentat mai sus, chiar distinși autori ai dreptului procesual civil au susținut că legitimarea procesuală se raportează la dreptul de a reclama în justiție în genere precum și la obligația de a răspunde pretențiilor formulate printr-o cerere de chemare în judecată.

În al doilea rând, folosul practic pe care contestatorul l-ar obține prin admiterea contestației este evident, respectiv în cazul admiterii acesteia, Solicitarea de Clarificări ar fi anulată împreună cu toate actele subsecvente acesteia, inclusiv înlocuirea sa în calitate de subcontractant.

În concluzie, se apreciază că SRL deține un interes legitim, personal, născut și actual în formularea prezentei contestații.

Contestatorul invocă netemeinicia excepției calității procesuale active, precizând că deține calitate procesuală activă în prezenta cauză.

Astfel, contestatorul afirmă că una dintre condițiile de exercitare ale acțiunii civile este reprezentată de calitatea procesuală.

Conform art. 36 C.proc.civ:

"Calitatea procesuală rezultă din identitatea dintre părți și subiectele raportului juridic litigios, astfel cum acesta este dedus judecății. Existența sau inexistența drepturilor și a obligațiilor afirmate constituie o chestiune de fond."

De asemenea, astfel cum s-a stabilit și în doctrină , calitatea procesuală presupune existența unei identități, pe de o parte, între persoana contestatarului și cel care se pretinde titular al dreptului subiectiv în raportul juridic dedus judecății. Calitatea procesuală presupune îndreptățirea de a sta într-un anumit proces.

În temeiul Legii nr. 101/2016, condiția calității procesuale active este în strânsă legătură cu condiția interesului, deoarece, astfel cum este prevăzut și în art. 2 alin. (1) din Lege, pentru a putea ataca un act vătămător emis de autoritatea contractantă, trebuie dovedită îndeplinirea condiției calității de "persoană vătămată într-un drept sau interes legitim", condiție pe care contestatorul apreciază că a îndeplinit-o, astfel cum a demonstrat atât prin Contestația formulată, cât și prin prezentele note scrise.

Prin urmare, atât timp cât contestatorul îndeplinește condițiile pentru a se încadra în noțiunea de "persoană vătămată într-un drept sau interes legitim" astfel cum este definită de Legea nr. 101/2016, este evident în opinia sa, că aceasta deține calitate procesuală activă în formularea Contestației ce face obiectul prezentei cauze.

Mai mult, subliniază contestatorul că nu pot fi reținute susținerile Autorității Contractantă în sensul că acesta nu ar fi detaliat vătămările suferite prin Solicitarea de Clarificări emisă de aceasta.

Contestatorul arată că vătămarea suferită este clară și rezultă din materialitatea faptei, respectiv ca urmare a Solicitării de Clarificări emisă de către Autoritatea Contractantă a suferit o vătămare constând în pierderea șansei de a obține, împreună cu ofertantul atribuirea contractului de achiziții publice, iar, subsecvent, obținerea prețului subcontractului.

În concluzie, având în vedere cele evidențiate mai sus, se apreciază că SRL deține calitate procesuală activă în exercitarea Contestației.

Ca element obligatoriu al unei acțiuni formulată în dreptul procesual civil, obiectul acțiunii, astfel cum a înțeles și doctrina prin interpretarea dispozițiilor art. 194 lit. (c) C.proc.civ., constă în pretenția concretă a reclamantului care poate consta în plata unei sume de bani, revendicarea unui bun, anularea sau rezoluțiunea unui contract, constatarea existenței unui drept, anularea sau rezoluțiunea unui contract, obligarea pârâtului la a face sau a nu face ceva, etc.

Or, chiar din petitul Contestației rezultă cu evidență care sunt pretențiile concrete ale contestatorului, respectiv

- Anularea Solicitării de Clarificări nr. 87/14.02.2024 (în continuare "Solicitarea de Clarificări") prin care i s-a solicitat Ofertantului S.R.L, în temeiul art. 171 și art. 182 alin. (2) din Legea 98/2016, înlocuirea Subscrisei din calitate de tert sustinător și subcontractant în cadrul ofertei sale;

- Anularea tuturor actelor emise anterior sau ulterior Solicitării de Clarificări nr. 87/14.02.2024 de către Autoritatea Contractantă referitoare la excluderea Subscrisei din prezenta procedură de atribuire;

- Suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea prezentei Contestații.

În aceste condiții, contestatorul nu înțelege care sunt motivele prin raportare la care Autoritatea Contractantă susține că contestația sa este lipsită de obiect, iar în lipsa unei motivări din partea Autorității se aflăm în imposibilitatea de a-și detalia propriile apărări.

Astfel, contestatorul susține că prin prezentele note scrise nu se poate rezuma decât la a arăta că, în conformitate cu dispozițiile legale, excepția lipsei de obiect nu este incidentă în cauză, având în vedere că:

- Prin Contestație a precizat în mod expres care sunt pretențiile sale;

- Nici anterior, nici ulterior formulării Contestației, Autoritatea Contractantă nu a dispus remedierile solicitate din proprie-inițiativă, astfel încât contestatorul să redevină subcontractant și terț în cadrul procedurii de atribuire.

În aceste condiții, se apreciază că excepția lipsei de obiect invocată de către Autoritatea Contractantă este complet nefondată impunându-se a fi respinsă.

Pentru toate aceste motive de fapt și de drept, contestatorul solicită respingerea tuturor excepțiilor invocate de către autoritatea contractantă prin punctul de vedere și pe cale de consecință admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Cu adresa datată ..., înregistrată la Consiliu sub nr. ..., ... SRL depune Note scrise prin care reia argumentele expuse pe larg în cuprinsul contestației și ulterior prin adresa de Note scrise înregistrată la CNSC sub nr., solicitând admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. ..., ... SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. ... din ..., emisă de ..., în valoare de ... RON, potrivit dispozițiilor art. 61¹ din Legea nr. 101/2016.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică

având ca obiect „Servicii de Elaborare Studiu de Fezabilitate pentru obiectivul de investiții Varianta de Ocolire - etapa 2”, cod CPV 79314000-8. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”.

Împotriva Solicitării de clarificări nr. 87/14.02.2024, ... SRL a formulat contestația în cauză care face obiectul dosarului nr.

Conform prevederilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul trebuie să se pronunțe mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond.

În ce privește excepțiile privind soluționarea contestației, respectiv excepția lipsei de interes, a lipsei de obiect și cea ca fiind introdusă de o persoană fără calitate a contestației formulată de SRL, invocate de autoritatea contractantă, Consiliul le va respinge, constantându-se nemotivarea acestora. Autoritatea contractantă, prin punctul de vedere depus la dosar, a solicitat Consiliului „respingerea contestației cu titlu de excepție ca, lipsită de interes, lipsită de obiect și introdusă de o persoană fără calitate ” însă, din redactarea susținerilor autorității, nu poate fi identificată nicio motivare în fapt sau în drept a acestor excepții, susținerile din cuprinsul punctului de vedere fiind, în fapt, apărări asupra fondului contestației.

Pe fondul cauzei, analizând susținerile părților, coroborate cu înscrisurile aflate la dosarul cauzei și având în vedere dispozițiile legale în materie, Consiliul urmează să respingă ca nefondată contestația SRL, pentru considerentele ce se vor arăta în continuare.

Prin contestația depusă, ... SRL solicită anularea Solicitării de Clarificări nr. 87/14.02.2024 prin care i s-a solicitat ofertantului SRL, în temeiul art. 171 și art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, înlocuirea sa din calitate de terț susținător și subcontractant în cadrul ofertei depuse de SRL.

Potrivit dispozițiilor art.167 alin.(1) lit.g) și alin.(8) din Legea nr.98/2016,

(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;*

(8) *În sensul dispozițiilor alin. (1) [lit. g\)](#) se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract.*

Potrivit dispozițiilor art.171 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.

(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

Potrivit dispozițiilor [art. 170 alin.\(2\)](#) și [art.183 alin.\(2\)](#) din [Legea 98/2016](#), „(2) În cazul în care este identificată o situație de excludere, cu aplicarea în mod corespunzător a dispozițiilor [art 171](#), autoritatea contractantă solicită ofertantului /candidatului o singură dată să înlocuiască un subcontractant în legătură cu care a rezultat, în urma verificării, că se află în această situație”.

.....
„(2) Dacă terțul/terții nu îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau se încadrează în unul dintre motivele de excludere prevăzute la [art 164,165](#) și [167](#), autoritatea contractantă solicită, o singură dată, ca operatorul economic să înlocuiască terțul/terții susținători fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la [art 2 alin. \(2\) lit. b\)](#)”.

În cauză, Consiliul reține că autoritatea contractantă a solicitat ofertantului SRL înlocuirea terțului susținător și subcontractant, respectiv înlocuirea operatorului economic SRL, în temeiul

dispozițiilor art. 170 alin. (2) și art.183 alin.(2) din Legea 98/2016, mai sus citate.

Potrivit documentelor aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține că operatorul economic SRL a fost declarat ca subcontractant și terț susținător de către ofertantul SRL, așa cum rezultă din formularul DUAЕ, acordul de subcontractare nr. 6 din data de 05.12.2023 și angajamentul privind susținerea acordată ofertantului pentru îndeplinirea criteriului referitor la capacitatea tehnică și/sau profesională - experiența similară.

În urma evaluării Formularului DUAЕ, prezentat de operatorul economic SRL, autoritatea contractantă a constatat în cadrul subsecțiunii Încetare anticipată, daune-interese și alte sancțiuni comparabile, existența unui Document Constatator negativ, respectiv Documentul constatator nr. A2-2381/10.07.2023 emis de Unitatea Militara 02444 Sibiu aferent contractului nr. A-12714/15.09.2021 privind „Realizarea pavilionului NOC (...)”

Drept urmare, s-au solicitat clarificări ofertantului SRL, în sensul prezentării de documente justificative din care să reiasă că operatorul economic SRL nu se încadrează în prevederile secțiunii C a DUAЕ, conform art. 171 alin. (1) din Legea 98/2016 coroborat cu art. 171 alin. (3) ale aceluiași act normativ.

Ofertantul a răspuns în termen, în SEAP, prin adresa nr. 2710/05.02.2024, la care a atașat documente suport.

Ulterior acestui răspuns, autoritatea contractantă a apreciat că operatorul economic SRL se află în situația de excludere prevăzută de dispozițiile art.167 alin.(1) lit.g) din Legea nr.98/2016, și a solicitat ofertantului SRL înlocuirea operatorului economic SRL din calitatea de terț susținător și subcontractant cu un alt operator economic care să dețină aceste poziții în oferta depusă.

La această solicitare ofertantul SRL a răspuns prin adresa nr. 2746/19.02.2024, prin care a transmis documentele de calificare pentru noul operator economic ce are rol de subcontractant și terț susținător în oferta depusă, respectiv SRL.

Având în vedere dispozițiile legale anterior citate, Consiliul constată că autoritatea contractantă are o marjă de apreciere largă în ceea ce privește selectarea operatorilor economici. Astfel, contrar susținerilor contestatorului, în ceea ce privește incidența motivelor de excludere prevăzute la art. 167 din Legea nr. 98/2016, în practica judiciară s-a cristalizat opinia conform căreia un operator economic aflat în situațiile prevăzute la articolul respectiv poate să fie/să nu fie exclus din procedura de atribuire în măsura în care furnizează dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea, credibilitate care este evaluată de autoritatea contractantă, care poate să le accepte sau nu, potrivit principiului asumării răspunderii.

Altfel spus, autoritatea contractantă are posibilitatea și nu obligația de a considera dovezile prezentate de ofertant sau de terții susținători/subcontractanți ca fiind suficiente pentru demonstrarea credibilității.

Dreptul de apreciere nu poate fi cenzurat de organismul de control, dat fiind că exercitarea lui antrenează o opțiune unilaterală a autorității

contractante de a se angaja în viitor în relații contractuale cu societăți comerciale al căror comportament a fost pus, într-un mod semnificativ și cu suficientă certitudine, sub semnul îndoielii. Un astfel de drept de apreciere ar putea face obiect al controlului numai în măsura în care exercitarea lui s-ar face abuziv, dincolo de limitele impuse de lege. Ori, în cazul dedus judecății, autoritatea contractantă a analizat și a prezentat motivele pentru care soluția menținerii în procedură a contestatorului nu se impune, formulând solicitări de clarificare în vederea fundamentării deciziei sale, solicitări în urma cărora a considerat considerând că dovezile prezentate pentru dovedirea credibilității nu sunt suficiente, potrivit dreptului conferit de dispozițiile art.171 alin.(3¹) din Legea nr.98/2016.

De altminteri, Consiliul mai observă și faptul că ofertantul SRL a fost de acord cu solicitarea de înlocuire a operatorului economic SRL, nominalizând în data de 19.02.2024 prin adresa nr. 2746 un alt operator economic (..... SRL), în calitate de subcontractant și terț susținător, prezentând în același timp și documentele de calificare conform cerințelor documentației de atribuire. Prin transmiterea documentelor de calificare pentru noul operator economic în calitate de subcontractant și terț susținător, ofertantul a demonstrat în mod explicit ca este de acord cu solicitarea autorității contractante.

Prin urmare, Consiliul apreciază că nu există motive pentru infirmarea deciziei autorității contractante în ceea ce privește solicitarea de înlocuire a operatorului economic SRL din calitatea de terț susținător și subcontractant a ofertantului SRL.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (1) teza I din Legea nr. 101/2016, respinge excepțiile invocate de autoritatea contractantă, respectiv respingerea contestației formulate de SRL ca lipsită de interes, lipsită de obiect și introdusă de o persoană fără calitate procesuală activă.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de către SRL în contradictoriu cu

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.