

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 nr. 73/07.06.2023 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 30377/07.06.2023, formulată de, cu sediul în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr., având CUI, reprezentată legal prin administrator și convențional de avocat, cu sediul ales pentru comunicarea actelor procedurale la adresa din, împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr., document emis de, cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect "*Servicii de implementare sistem IT*", cod CPV 72211000-7, s-a solicitat:

- 1) Anularea rezultatului procedurii de atribuire, precum și a actelor subsecvente, dacă va fi cazul;
- 2) Constatarea că oferta societății contestatoarei este acceptabilă;
- 3) Obligarea autorității contractante la reluarea evaluării ofertelor, luând în considerare și oferta contestatoarei;
- 4) Obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

Prin adresa nr. 2441/16.06.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 32711/16.06.2023, ..., cu sediul în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin administrator, în temeiul prevederilor art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, în calitate de ofertant declarat câștigător, a formulat cerere de intervenție voluntară accesorie în sprijinul autorității contractante, prin care solicită admiterea cererii de intervenție și respingerea contestației formulată de, ca nefondată și menținerea rezultatului procedurii și a documentelor de evaluare.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

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, în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, critică decizia autorității contractante de a respinge oferta sa ca inacceptabilă, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea a menționat următoarele argumente de fapt și de drept în susținerea contestației:

Din comunicarea nr. /31.05.2023 a Rezultatului procedurii de atribuire, a rezultat faptul că oferta contestatoarei a fost declarată inacceptabilă în temeiul art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016 raportat la art. 134 alin. (5) din Hg nr. 395/2016.

Contestatoarea susține ca această măsură a autorității contractante este nelegală din mai multe perspective:

1. În primul rând, raportat la pct. III.1.1. din Fișa de date, interpretarea autorității contractante privind excluderea acesteia pentru lipsa cazierelor judiciare ale asociaților subcontractantului, respectiv și este nelegală, denotă un formalism excesiv.

Așa cum rezultă din condiția procedurii, impusă chiar de către autoritatea contractantă, se solicită: "cazierul judiciar al OE și al membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al OE **sau** al persoanelor care au putere de reprezentare, de decizie **sau** de control în cadrul acestuia, așa cum sunt identificate aceste persoane în Certificatul Constatator al OE eliberat de reg. prof. sau registrul comerțului din țara în care este stabilit OE".

Din interpretarea literară, logică teleologică a acestui text, rezultă condiția alternativă a cazierului judiciar, ori pentru persoanele care au putere de reprezentare ori cei care au putere de decizie sau control.

Prin folosirea conjuncției disjunctive "**sau**", este impusă îndeplinirea unor cerințe alternative și nu cumulative.

În spețe absolut identice, cu textul absolut identic din Fișa de date, CNSC a constatat aceeași stare de fapt și de drept, respectiv că solicitarea acestor acte este alternativă:

- > fie cazierul judiciar al membrilor organului de administrare;
- > fie cazierul judiciar al membrilor organului de conducere;
- > fie cazierul judiciar al membrilor organului de supraveghere al respectivului operator economic;
- > fie cazierul judiciar al membrilor organului ce are putere de reprezentare;

> fie cazierul judiciar al membrilor organului ce are putere de decizie;

> fie cazierul judiciar al membrilor organului ce are putere de control în cadrul acestuia".

De asemenea, raportat la propriile cerințe ale autorității contractante din fișa de date, CNSC-ul a constatat că:

"Conținutul documentației de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de entitatea contractantă, este obligatoriu atât pentru operatorii economici participanți la procedură, care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia, cât și pentru entitatea contractantă, aceasta fiind ținută ca, în desfășurarea procedurii de achiziție publică să-și respecte dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv; orice altă interpretare excede propriilor reguli stabilite de entitatea contractantă și încalcă principiile transparenței și tratamentului egal statuate de art. 2 alin. (2) lit. d) și b) din Legea nr. 98/2016".

Potrivit aceleiași decizii, organul jurisdicțional administrativ a constatat că: "Orice interpretare, care nu este în conformitate cu cerințele Fișei de date este abuzivă și contrară celor impuse de a fi îndeplinite de operatorii economici ofertanți".

Astfel cazierul judiciar depus era suficient, îndeplineau pe deplin cerințele documentației de atribuire.

2. Comunicarea actelor solicitate de autoritatea contractantă prin adresa nr. 585/17.05.2023 în termenul acordat era imposibilă din motive obiective.

Termenul de obținere a cazierului judiciar pentru asociații subcontractantului era de 8 săptămâni, termen pentru care nu exista cadru procesual, nici pentru acordare și nici pentru solicitare.

Contestatoarea precizează că a arătat acest aspect în răspunsul ei la cererea de clarificare, astfel respingerea ofertei ei în aceste condiții este nelegală, fiind încălcat inclusiv **principiul** elementar al procedurii de achiziții publice, cel al **nediscriminării** prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. a) din Legea nr. 98/2016.

Practic, ca urmare a faptului că asociații subcontractantului nu erau naționali, ci membri din alte state, cu alte termene de acordare a actului solicitat, s-a creat o discriminare în acest sens, neputând fi îndeplinită pentru ei cerința solicitată.

Este adevărat că, având în vedere situația concretă — există un vid legislativ — neexistând dispoziții legale în această privință.

Astfel, se impunea soluționarea situației din prisma și prin aplicarea principiilor, conform art. 1 din HG nr. 395/2016:

”(1) În procesul de realizare a achizițiilor publice orice situație pentru care nu există o reglementare explicită se interpretează prin prisma principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, denumită în continuare Lege.”

Astfel, datorită faptului că subcontractantul avea asociați străini, care nu puteau să obțină în termenul impus — chiar în termenul legal de prelungire la care avea dreptul conform legii - actul solicitat, s-a creat o discriminare. Deși concepția și scopul procedurilor de achiziții publice este tocmai extinderea participanților și asupra operatorilor economici peste hotarele țării.

De asemenea, **s-a încălcat și principiul proporționalității**, având în vedere că măsura luată — de respingere a ofertei contestatoarei ca fiind inacceptabilă — este disproporțională cu circumstanțele date și la importanța actului lipsă (care putea fi depus ulterior), raportat la întreaga documentație pe baza căreia oferta acesteia era clasată pe primul loc.

Astfel, este evident că nu numai interpretarea autorității contractante indicată la pct. 1 din prezenta, dar și măsura luată este excesivă, chiar abuzivă.

Mai mult, apreciază că prin respingerea ofertei ei în aceste condiții — practic **autoritatea contractantă a denaturat concurența**, eliminând oferta contestatoarei în condițiile în care era evident oferta câștigătoare din toate punctele de vedere, tehnici și financiar, lezându-se chiar propriile sale interese.

Art. 1 alin. (2) din HG nr. 395/2016 prevede că:

”(2) Pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are obligația de a lua toate măsurile necesare pentru a evita apariția unor situații de natură să determine existența unui conflict de interese și/sau împiedicarea, restrângerea sau denaturarea concurenței.

(3) În cazul în care constată apariția unei situații dintre cele prevăzute la alin. (2), autoritatea contractantă are obligația de a elimina efectele rezultate dintr-o astfel de împrejurare, adoptând, potrivit competențelor, după caz, măsuri corective de modificare, încetare, revocare sau anulare ale actelor care au afectat aplicarea corectă a procedurii de atribuire sau ale activităților care au legătură cu acestea.

(4) Autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru, inclusiv achiziția directă, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile.”

Astfel, soluția legală nu era în nici un caz, cea adoptată de autoritatea contractantă.

Sintetizând, raportat la cererea de clarificare, contestatoarea face următoarele precizări:

-În principal era nelegală interpretarea dată;

-Era imposibilă — în mod obiectiv — conformarea în termenul impus;

-A dovedit că s-a conformat și a solicitat actele;

-A oferit soluție alternativă, un document alternativ — prin depunerea declarațiilor pe propria răspundere.

În acest context, autoritatea contractantă trebuia să soluționeze situația din prisma principiilor, adică să nu o discrimineze pentru aceste împrejurări și să respecte principiul proporționalității.

În concluzie, contestatoarea menționează faptul că respingerea ofertei ei ca fiind inacceptabilă este nelegală, în principal, raportat la cerințele documentației de atribuire, iar în subsidiar, raportat la împrejurările concrete ale posibilității de procurare a documentelor solicitate de către autoritatea contractantă din prisma aplicării principiilor.

Pentru toate aceste motive solicită admiterea contestației și anularea actului atacat, urmând ca autoritatea contractantă să reia procedura de evaluare cu luarea în considerare a ofertei acesteia, care de altfel se clasa pe primul loc, atât în urma evaluării tehnice, cât și a celei financiare. Astfel, admiterea contestației se impune chiar și pentru interesele autorității contractante.

..... a transmis documentele relevante și necesare în soluționarea contestației, atașate punctului de vedere nr. 126791/12.06.2023, înregistrat la Consiliu cu nr. 31429/12.06.2023, prin care a solicitat respingerea contestației ca nefondată, în combaterea motivelor și argumentelor invocate de contestatoare arătând următoarele:

Referitor la critica adusă de ofertant (pct.III.1.1. din Fișa de date) atrage atenția asupra faptului că excluderea ofertantului nu se rezumă numai la simplul fapt că nu a depus un anumit document oarecare. În discuție sunt cazierile judiciare ale asociaților persoane juridice străine ale subcontractantului. Situația dată a fost analizată obiectiv de Comisia de evaluare, lucru ce reiese în mod evident din multiplele solicitări de clarificări care au fost adresate ofertantului de Comisia de evaluare.

Subliniază faptul că lipsa acestor caziere a fost constatată deja la primirea răspunsului la prima solicitare de clarificare. Dacă în acest moment s-ar fi luat decizia de respingere, atunci ar fi putut fi considerată **„excluderea ... pentru lipsa cazierelor judiciare ale asociaților”**, așa cum în mod greșit afirmă contestatoarea. Solicită Consiliului să observe că după primirea primului răspuns la solicitările de clarificări, Comisia de evaluare a luat decizia de a trimite o nouă solicitare de clarificare, iar mai apoi încă una, toate referitoare la aceleași documente. Nici nu se pune problema înțelegerii cerinței de către ofertant atât timp cât pentru ofertantul lider a depus încă la prima solicitare aceleași documente.

Consideră că decizia autorității contractante este una legală, obiectivă, fiind luată cu respectarea principiilor în achiziții publice, având în vedere cele de mai sus, precum și prevederile art. 134 alin. (5) „În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările /completările solicitate sau **clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.**”

Referitor la mențiunea contestatoarei că decizia autorității contractante „**denotă un formalism excesiv**”, consideră că este o afirmație eronată, respectiv o acuzație nefondată și constituie o practică în rândul operatorilor economici, ca atunci când se află în imposibilitatea de a aduce critici concrete, pertinente la adresa autorităților contractante sau a evaluărilor, invocă și aduc acuzații uzând de această expresie de „formalism excesiv”. În opinia autorității contractante, respectarea prevederilor legale în vigoare în materia achizițiilor publice, aplicarea legii și efectuarea unei evaluări cu respectarea legislației și principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare, constituie o obligație a autorității contractante și a îndeplinirii sarcinilor atribuite, nicidecum un „formalism excesiv”.

Cu privire la critica privind enunțul cerinței referitoare la încadrarea sau neîncadrarea în prevederile art. 164, 165 și 167 din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare, atrage atenția asupra unui aspect pe care contestatoarea a omis să o menționeze, și anume în prima parte a enunțului cerinței, care este de fapt identică cu prevederea legală, și reprezintă o enumerare „cazierul judiciar al memb. organului de administrare, de conducere...” a persoanelor pentru care urmează să se depună aceste documente, astfel cum se poate observa semnul de punctuație „virgula” aflată după cuvântul administrare, marcată mai sus cu roșu. Fiind vorba de o enumerare, legiuitorul nu a lăsat loc de interpretare, a prevăzut în mod clar și concis faptul că este obligatorie depunerea documentelor doveditoare (cazierul judiciar în acest caz), atât pentru membrii organului de administrare (..... și), cât și pentru membrii organului de conducere (asociații și). Acest lucru este prevăzut în această formă de art. 164 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare: „(2) Obligația de a exclude din procedura de atribuire un operator economic, în conformitate cu dispozițiile alin. (1), se aplică și în cazul în care persoana condamnată printr-o hotărâre definitivă este membru al organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic sau are putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia.” Referitor la “folosirea

conjuncției disjunctive "sau", interpretarea frazei de către contestatoare este un greșită, deoarece, legiuitorul impune verificarea cazierelor judiciare a persoanelor care dețin oricare dintre aceste funcții, nu numai a uneia dintre ele „la alegere”. Este logică abordarea legiuitorului cu privire la acest aspect, deoarece, administratorii sunt numiți ca urmare a deciziei asociațiilor și pot fi retrași din funcție tot ca urmare a deciziei sau hotărârii acestora.

Conform practicii în materia achizițiilor publice, un operator economic nu poate afirma că două spețe sunt identice, atât timp cât nu are acces la toate documentele din acel dosar. În cazul de față, operatorul economic afirmă că decizia CNSC pe care o anexează Contestației este pronunțată într-o speță identică. Având în vedere faptul că contestatoarea nu are nici o calitate în speța respectivă, consideră că nici nu are acces la toate documentele din dosarul respectiv și nici nu a menționat în contestație că ar fi studiat dosarul respectiv la CNSC. Astfel, contestatoare este în necunoștință de cauză referitor la speța respectivă, totuși face comparații între cele două spețe. Pe cale de consecință, roagă să se observe că motivările autorității contractante respective din speța respectivă sunt cu totul altele decât motivările din acest dosar, respectiv motivările autorității contractante

Contestatoarea încearcă inducerea în eroare prin scoaterea din contextul original al unor fraze care consideră că ar putea constitui precedent în acest caz și încearcă determinarea de emitere a unei decizii „identice” în această speță. Scoaterea din context a unor fraze dintr-un singur document al unui dosar nu înseamnă că cele două cauze sunt identice. Se poate observa că în speța respectivă ofertantul este "SA (societate pe acțiuni)", iar în cazul de față este "SRL (societate cu răspundere limitată)". Conform legii societăților comerciale, cele două forme de societăți au regimuri juridice diferite, în consecință având chiar și numai aceste informații la bază, nu se poate afirma că spețele sunt identice.

Orice afirmații ar face contestatoarea, importante sunt prevederile art. 164, alin. (2) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare: „(2) Obligația de a exclude din procedura de atribuire un operator economic, în conformitate cu dispozițiile alin. (1), se aplică și în cazul în care persoana condamnată printr-o hotărâre definitivă este membru al organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic sau are putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia.”, prevederi care sunt foarte clare, în sensul că **trebuie prezentat cazierul judiciar pentru toate persoanele care dețin măcar una din funcțiile citate:** conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic sau are putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia.

Conjunția „sau” în textul de lege are alt înțeles decât cel interpretat de contestatoare.

Textul de lege nu lasă la latitudinea ofertanților alegerea pentru cine depune cazier și pentru cine nu depune. Ar fi illogic acest lucru atât timp cât este specificat clar că un operator economic nu poate să se afle în situație de excludere. Or, dacă una din persoanele care dețin una dintre aceste funcții s-ar afla în situație de excludere, atunci subcontractantul, în cazul de față, ar trebui respins. Această posibilitate este recunoscută și de ofertant, în răspunsul la solicitarea de clarificare când spune următoarele: „Totodată, în cazul în care Autoritatea Contractantă va solicita înlocuirea subcontractantului, **dacă vor exista motive de excludere**, arătăm că vom proceda la înlocuirea subcontractantului pentru a îndeplini cerințele legale ale procedurii de atribuire în derulare.” Din aceste afirmații se poate observa că nici ofertantul lider, contestatoarea, nu este sigură și nici nu este convinsă că subcontractantul nu este în situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167 din Legea nr. 98/2016. În această ordine de idei cum poate afirma că decizia autorității contractante „denotă formalism excesiv”, că decizia este „nelegală”, că autoritatea contractantă a „încălcat principiul proporționalității” și „a denaturat concurența” și „a discriminat” ofertantul? Atât timp, cât nici contestatoare nu deține toate informațiile pentru a face contestație, cum poate să facă aceste acuzații? Nu are nici un temei legal pentru aceste critici, dar nu are **nici măcar convingerea** că ceea ce afirmă este adevărat.

Propriile cerințe ale autorității contractante sunt de fapt obligațiile prevăzute în Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare. Autoritatea contractantă a procedat la evaluarea ofertelor raportat la cerințele formulate în documentația de atribuire cu respectarea prevederilor legal în vigoare. Chiar dacă, ar fi fost eronată prevederea din documentație (dar nu este cazul), și atunci acest lucru nu ar fi fost de natură a înlătura obligația autorității contractante de a verifica aceste aspect. Având în vedere faptul că cerința este formulată în conformitate cu prevederile legale în vigoare, Comisia de evaluare avea obligația de a verifica toate cazierele. Autoritatea nu a interpretat în alt mod propria cerință, ci contestatoarea este cea care dă un nou sens propriei sale interpretări, deoarece în răspunsul la solicitările de clarificări a avut altă atitudine, și anume, aceea de a fi luat la cunoștință obligațiile ce-i reveneau, numai în contestația a prezentat aspecte radical contrare celor din răspunsurile la solicitările de clarificări. Contestatoarea este cea care a schimbat abordarea după primirea Comunicării privind rezultatul procedurii de atribuire.

Ofertantul a subliniat faptul că nu poate prezenta aceste documente la momentul solicitării, deoarece acestea se emit în termen de 8 săptămâni, iar în cadrul răspunsului la solicitare acesta **nu solicită**

prelungirea termenului pentru răspunsul la clarificări, respectiv pentru prezentarea documentelor lipsă, pentru a putea prezenta aceste documente. Referitor la aceste aspecte, Comisia de evaluare, a decis **să nu acorde din oficiu termen** de 8 săptămâni ofertantului pentru prezentarea acestor documente, **deoarece aceasta ar fi o măsură excesivă și prin care ar fi încălcat principiul tratamentului egal al ofertanților** prevăzut la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare. Cu atât mai mult, această procedură de achiziție publică a devenit publică pe site-ul www.elicitatie.ro, anunțul de participare nr. [.../.....], în consecință, de la această dată a existat timp suficient pentru procurarea tuturor documentelor prevăzute în documentația de atribuire. Comisia de evaluare, a depus toate diligențele pentru o evaluare obiectivă, prin cele două solicitări de clarificare pe care le-a pus în plus față de prima solicitare. Ofertantului i s-a acordat timp suficient pentru depunerea documentelor doveditoare DUAЕ, considerându-se a fi îndeplinite toate exigențele legale pentru clarificarea situației și pentru o evaluare desfășurată prin respectarea principiilor în achiziții publice. Ofertantul trebuia să aibă în vedere prevederile art. 196, alin. (2) din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare, potrivit căreia ofertantului i se acordă 7 zile lucrătoare pentru prezentarea documentelor, care poate fi prelungit cu încă trei zile lucrătoare. Termenul acordat de autoritatea contractantă, prin cele trei solicitări este de 11 zile lucrătoare, cu mențiunea că nu a fost solicitată prelungirea termenului pentru depunerea documentelor lipsă. Astfel, solicitarea unei noi clarificări ar presupune încălcarea prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare: „(2) Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.”

Referitor la încălcarea principiului proporționalității, autoritatea contractantă a luat o decizie pe care a argumentat-o conform prevederilor legale în vigoare. O obligație prevăzută de lege, în opinia autorității contractante, nu poate fi ignorată, cu atât mai mult cu cât aceasta este una fundamentală. Pur și simplu, ofertantul nu a putut demonstra faptul că subcontractantul propus nu se încadrează la prevederile art. 164, 165 și 167 din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare. Afirmațiile contestatoarei, potrivit cărora decizia este „disproporțională” raportată la situația de fapt, este nefondată și nu are nici o bază legală, are la origine anumite presupuneri ale ofertantului lider care nu poate demonstra prin documente cele ce au fost declarate prin DUAЕ de către subcontractant. Contestatoare se află în imposibilitatea de a argumenta legal criticile aduse, fiindu-i imposibilă furnizarea anumitor informații pe care ea însăși a recunoscut că nu le

deține, deși, de la data postării în SEAP a documentației de atribuire a avut la dispoziție mai mult de trei luni de zile pentru a procura documentele solicitate în documentația de atribuire.

Având la bază toate documentele achiziției, modul de evaluare, documentele prezentate și răspunsurile la solicitările de clarificări, se poate observa faptul că „denaturarea concurenței” nici nu poate fi amintită în aceste dosar. Autoritatea a urmărit efectuarea prezentei achiziții publice prin respectarea întocmai a legislației române în vigoare. Chiar dacă un ofertant obține punctaj maxim ca urmare a aplicării criteriului de atribuire, dar nu poate oferi răspunsuri concludente la solicitările de clarificări ale autorității contractante, oferta sa este respinsă ca inacceptabilă. Acest lucru nu înseamnă denaturarea concurenței așa cum greșit afirmă contestatoarea.

Contestatoarea afirmă faptul că soluția la situația dată nu era cea adoptată de autoritatea contractantă, dar nici nu precizează în mod clar care ar fi fost, în viziunea sa, măsura legală ce trebuia adoptată în situația dată. Nu a oferit răspunsuri concludente din care, Comisia de evaluare, ar putea avea posibilitatea de a stabili în mod concret dacă subcontractantul se află sau nu în situația motivelor de excludere prevăzute la art. 165 din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare, deoarece nu a depus documentele solicitate.

Ofertantul a depus două declarații pe propria răspundere date de asociații celor două persoane juridice străine. În cadrul răspunsului oferit, explică faptul că depune aceste documente „potrivit art. 168 alin. (3) din Lege”. Însă, Comisia de evaluare constată faptul că acest text de lege, permite ofertanților să depună declarații pe propria răspundere pentru demonstrarea cerințelor, dar numai în cazurile în care „în țara de origine sau în țara în care este stabilit ofertantul... nu se emit documente de natura celor prevăzute la alin. (1)”. Din răspunsul la clarificare, se poate observa faptul că însuși ofertantul recunoaște că autoritățile olandeze emit document echivalent, și anume: „În vederea certificării că în cazul unei societăți nu sunt incidente motivele de excludere menționate mai sus, autoritățile olandeze, competente în cazul asociațiilor subscrisei, emit documentul cu denumirea (Certificate of Conduct for Procurement) („Certificatul”), așa cum reiese și din aplicația online eCertis, conform capturii de ecran atașată.” Dar ofertantul subliniază faptul că nu poate prezenta aceste documente la momentul solicitării, deoarece acestea se emit în termen de 8 săptămâni, iar în cadrul răspunsului la solicitare acesta nu solicită prelungirea termenului pentru răspunsul la clarificări, pentru a putea prezenta aceste documente. Referitor la aceste aspecte, Comisia de evaluare, decide să nu acorde din oficiu termen de 8 săptămâni ofertantului pentru prezentarea acestor documente deoarece aceasta ar fi o măsură excesivă și prin care ar fi încălcat principiul tratamentului egal al

ofertanților prevăzut la art. 2 lin. (2) din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare. Cu atât mai mult, această procedură de achiziție publică a devenit publică pe site-ul www.e-licitatie.ro anunțul de participare nr. [.....], în consecință, de la această dată a existat timp suficient pentru procurarea tuturor documentelor prevăzute în documentația de atribuire. Comisia de evaluare, a depus toate diligențele pentru o evaluare obiectivă, prin cele două solicitări de clarificare pe care le-a pus în plus față de prima solicitare. Ofertantului i s-a acordat timp suficient pentru depunerea documentelor doveditoare DUAЕ, considerându-se a fi îndeplinite toate exigențele legale pentru clarificarea situației și pentru o evaluare desfășurată prin respectarea principiilor în achiziții publice. Solicitarea unei noi clarificări ar presupune încălcarea prevederilor art. 209, alin. (2) din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare: „(2) Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.” Referitor la precizarea ofertantului din răspunsul la clarificări, și anume: „Totodată, în cazul în care Autoritatea Contractantă va solicita înlocuirea subcontractantului, dacă vor exista motive de excludere, arătăm că vom proceda la înlocuirea subcontractantului pentru a îndeplini cerințele legale ale procedurii de atribuire în derulare”, potrivit căreia este de acord cu schimbarea subcontractantului, dacă există motive de excludere, Comisia de evaluare constată că la momentul actual, nu poate fi determinat în mod clar dacă există sau nu motive de excludere referitoare la subcontractant, tocmai, datorită faptului că răspunsul la solicitarea de clarificare este neconcludent. La momentul actual Comisia de evaluare nu are suficiente informații pentru a stabili dacă subcontractantul se află sau nu în situația motivelor de excludere prevăzute la art. 164 din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare, deoarece nici la a treia solicitare de clarificare, ofertantul nu a prezentat toate documentele doveditoare DUAЕ referitoare la acest aspect. O decizie a Comisiei de evaluare de solicitare a schimbării subcontractantului ar da dovadă de o evaluare subiectivă și greșită, deoarece răspunsul la clarificări are lipsuri fără de care Comisia de evaluare nu poate aduce decizii.

Analizând prevederile art. 170 și 171 din Legea nr. 98/2016: Articolul 170 „(1) Autoritatea contractantă are obligația de a verifica inexistența unei situații de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167 în legătură cu subcontractanții propuși. (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. (3) În scopul verificării prevăzute la alin. (1), subcontractantul completează declarația

pe proprie răspundere în conformitate cu prevederile art. 193-195, precizând că nu se află în niciuna dintre situațiile ce atrag excluderea din procedura de atribuire.”, Comisia de evaluare constată faptul că nu sunt îndeplinite condițiile ca să fie solicitat ofertantului înlocuirea subcontractantului, datorită motivelor prezentate mai sus, în mod explicit, deoarece răspunsul la clarificări este neconcludent.

Având în vedere cele de mai sus, precum și prevederile art. 134, alin. (5) „În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările /completările solicitate sau **clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.**” Conform art. 137 alin. (1) „Comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și neconforme”. Luând în considerare cele de mai sus, comisia de evaluare a declarat ca inacceptabilă și neconformă oferta depusă de ofertantul

Autoritatea contractantă a stabilit oferta prezentată de ca fiind oferta câștigătoare pentru prețul de **1.800.200,00 lei fără TVA**, așa cum a fost stabilit în propunerea financiară și pe baza propunerii tehnice prezentate.

Pe baza considerentelor prezentate mai sus, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației depusă de, ca nefondată.

Prin adresa nr. 2441/16.06.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 32711/16.06.2023, ..., în temeiul prevederilor art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, în calitate de ofertant declarat câștigător, a formulat cerere de intervenție voluntară accesorie în sprijinul autorității contractante, prin care solicită admiterea cererii de intervenție și respingerea contestației formulată de, ca nefondată și menținerea rezultatului procedurii și a documentelor de evaluare, având în vedere următoarele considerente:

Cererea de intervenție este formulată în termenul legal de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației, respectiv de la data de 08.06.2023, acesta fiind împlinit la data de 19 iunie 2023, orele 24.00.

Cererea de intervenție este admisibilă, fiind formulată de către în calitate de ofertant câștigător.

Prin urmare, condițiile prevăzute de art. 61 alin. (3), 63 și urm. Cod procedură civilă, prin raportare la prevederile art. 68 din Legea nr. 101/2016 sunt îndeplinite, cererea de intervenție accesorie este admisibilă.

În data de 21.01.2023, ..., în calitate de Autoritate Contractantă, a publicat anunțul de participare prin care

demara Procedura de licitație deschisă pentru atribuirea unui contract de furnizare având ca obiect Servicii de implementare sistem IT în cadrul proiectului „Servicii on-line pentru facilitarea interacțiunii cu cetățenii județului Acest anunț a fost publicat și în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene cu nr., având o valoare totală estimată de 2.145.000 lei, termenul limită pentru depunerea ofertelor fiind 28.02.2023 ora 15.00.

La Procedură s-au înscris 4 operatori, dintre care ofertele depuse de către intervenienta și de către contestatoarea au fost declarate admise și conforme. În urma evaluării tehnice s-a constatat că același două oferte îndeplineau cerințele minime din caietul de sarcini.

La momentul verificării documentelor-suport/dovezilor pentru demonstrarea informațiilor din DUAE s-a constatat că nu a depus cazierile judiciare și nici documente echivalente pentru 2 asociați persoane juridice: respectiv și

Cu toate că Autoritatea Contractantă a solicitat contestatoarei în 3 rânduri, în mod succesiv, furnizarea acestor documente, a analizat chiar și posibilitatea de a extinde din oficiu termenul de răspuns la solicitările de clarificări, răspunsul primit de la contestatoare a fost neconcludent - nu a furnizat informațiile solicitate în forma legală. În consecință, oferta a fost declarată inacceptabilă, în conformitate cu dispozițiile art. 134 alin. (5) și art. 137 alin (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, încheindu-se în acest sens Raportul procedurii nr. /31.05.2023, urmat de comunicările către cei doi ofertanți în mod corespunzător.

Împotriva acestei comunicări și a Raportului Procedurii, societatea a înțeles să formuleze o contestație prin care a cerut ca oferta sa să îi fie considerată acceptabilă, iar să fie obligat la reevaluarea ofertelor. Principalele motive prezentate de aceasta prin Contestație sunt: (i) Autoritatea Contractantă ar fi dat dovadă de un formalism excesiv prin respingerea ofertei contestatoarei ca inacceptabilă pentru lipsa cazierelor judiciare; (ii) comunicarea actelor solicitate de Autoritate era imposibilă în termenul acordat în acest sens; (iii) s-ar fi încălcat principiul proporționalității, Autoritatea Contractantă ar fi denaturat concurența. Niciunul din așa-zisele motive nu poate fi reținut, urmând în cele ce urmează a vă prezenta succint, motivele de respingere a Contestației ca vădit nefondată.

B. Contestația este vădit nefondată, întrucât nu a furnizat pentru evaluare cazier judiciare sau documente echivalente pentru 2 asociați persoane juridice, respectiv și, deși i s-au cerut clarificări de 3 (trei) ori.

Documentația de atribuire a fost publicată în 21.01.2023. Până la momentul primirii celei de-a 3-a solicitare de clarificare pe acest aspect-

lipsa cazierelor judiciare – exista timp suficient pentru a obține documentul echivalent emis de autoritățile olandeze.

Invocarea unui formalism excesiv nu poate fi primită ca o apărare validă, întrucât ofertanții cunoșteau cerințele documentației de atribuire, cerințe pe care și le-au asumat ca atare prin depunerea ofertei. De asemenea, Contestatoarea avea cunoștință de structura sa asociativă și de obligația legală prevăzută la art. 168 din Legea nr. 98/2016, respectiv de a depune caziere judiciare și pentru cei doi asociați persoane juridice.

În cazul în care Autoritatea Contractantă ar fi declarat acceptabilă oferta Contestatoarei, abia atunci puteam vorbi despre o denaturare a concurenței, întrucât, pe calea de solicitări de clarificări și respectiv răspuns, o ofertă nu poate fi completată; i s-ar fi creat un avantaj Autoritatea Contractantă a procedat în mod corect și cu respectarea legii, cerând să fie clarificate documentele depuse de catre în susținerea DUAE-ului său.

Cu toate că i s-au solicitat de 3 ori aceste documente, Contestatoarea nu a putut să le furnizeze, iar pe calea Contestației înțelege să invoce un formalism excesiv.

În opinia intervenientei, acest comportament este mai degrabă unul abuziv din partea contestatoarei, întrucât aceasta din urmă este cea care își exercită în mod abuziv dreptul său de a exercita calea de atac împotriva Raportului Procedurii.

Contestatoarea nu a cerut extinderea termenului stabilit de către Autoritate pentru furnizarea răspunsului, iar aceasta a luat în discuție din oficiu acordarea acestei prelungiri.

Prin aceste fapte (solicitările de clarificări repetate, luarea în discuție din oficiu a extinderii termenului de răspuns), intervenienta apreciază că a îndepărtat orice urmă de îndoială cu privire la un așa-zis formalism, dând dovadă de bună credință și acționând în sensul în care a dat o aplicare legală, logică textelor de lege invocate, precum și cerințelor sale din documentația elaborată în Procedură.

Sub un alt aspect, aceasta subliniază faptul că prin Documentul Unic de Achiziție European – DUAE- contestatoarea a furnizat o declarație pe propria răspundere conform căreia nu se află în niciunul din cazurile de excludere din procedură. A se vedea în acest sens atât Art. 59: Documentul european de achiziție unic din Directiva 2014/24/UE din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE și respectiv art. 193 din Legea nr. 98/2016.

Cu alte cuvinte, faptul că societatea Contestatoare a înțeles să depună la Autoritate în locul documentelor echivalente din partea autorităților olandeze, declarații pe propria răspundere, pentru a dovedi cele declarate anterior, prin DUAE, tot pe calea unei declarații pe propria răspundere, apare ca fiind o încercare de a acoperi lipsurile constatate

din oferta sa printr-o nouă prezentare a acelorași declarații pe proprie răspundere.

De reținut este faptul că nu poate fi considerată edificatoare, doveditoare o declarație pe propria răspundere peste o altă declarație pe propria răspundere. Totodată, se poate vorbi în speța de față de o exercitarea abuzivă a dreptului de a formula contestație din partea Contestatoarei, iar nu despre un formalism excesiv.

Contestatoarea are o interpretare greșită a art. 168 din Legea nr. 98/2016. Acest articol prezintă în etape de analiză foarte clare, cum trebuie procedat în analiza și evaluarea documentelor prin care ofertantul demonstrează că nu se încadrează în una dintre situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167 și în ce condiții.

Conform chiar precizărilor contestatoarei, autoritățile olandeze eliberează un document echivalent cu cazierul judiciar din România.

Din interpretarea textului legal prezentat mai jos pentru eficiență rezultă că legiuitorul nu a dat toate variantele ca fiind alternative, ci a prezentat diversele situații care pot apărea, și a furnizat soluția pentru fiecare în mod corespunzător.

“Art. 168

(1) Autoritatea contractantă are obligația de a accepta ca fiind suficient și relevant pentru demonstrarea faptului că ofertantul/candidatul nu se încadrează în una dintre situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, orice document considerat edificator, din acest punct de vedere, în țara de origine sau în țara în care ofertantul/candidatul este stabilit, cum ar fi certificate, caziere judiciare sau alte documente echivalente emise de autorități competente din țara respectivă.

(2) În cazul în care există incertitudini în ceea ce privește existența sau inexistența unei situații de excludere, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita în mod direct informații de la autoritățile competente străine prevăzute la alin. (1).

(3) În cazul în care în țara de origine sau în țara în care este stabilit ofertantul/candidatul nu se emit documente de natura celor prevăzute la alin. (1) sau respectivele documente nu vizează toate situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, autoritatea contractantă are obligația de a accepta o declarație pe propria răspundere sau, dacă în țara respectivă nu există prevederi legale referitoare la declarația pe propria răspundere, o declarație autentică dată în fața unui notar, a unei autorități administrative sau judiciare sau a unei asociații profesionale care are competențe în acest sens.”

Astfel se pot întâlni în practică următoarele situații:

1. Un ofertant depune certificat de cazier judiciar pentru a demonstra că nu se încadrează la situațiile prevăzute la art. 164, 165 și

167. Dacă nu există un astfel de document, este suficient un document echivalent emis de autorități competente din țara respectivă.

În cazul de față, Contestatoarea a precizat ca aceste documente echivalente există: (Certificate of Conduct for Procurement) și ar fi putut fi prezentate.

Faptul că societatea Contestatoare nu a înțeles să facă demersurile în timp util pentru depunerea acestor certificate, începând cu data publicării documentației de atribuire, 21.01.2023, îi este imputabil strict acesteia.

2. În cazul în care nu există nici documente echivalente, abia atunci putem vorbi despre o declarație pe propria răspundere.

Or, ...putea și trebuia să prezinte acele documente echivalente emise de autoritățile olandeze, ceea ce nu a făcut.

De asemenea, nici interpretarea dată de Contestatoare cap. III.1.1 din Fișa de date nu poate fi primită, întrucât ar reprezenta, din nou, că ar fi lăsate la alegerea ofertantului pentru cine să depună certificate de cazier judiciar și pentru cine nu. Conform legislației, aceste cazieri judiciare trebuie depuse pentru persoanele care îndeplinesc două condiții: au putere de reprezentare și putere de decizie/control, așa cum apar acestea menționate în certificatul constatator eliberat de registrul comerțului. Atât normele legale naționale, dar și europene prevăd într-un mod similar acest lucru.

Contestatoarea înțelege aceste prevederi într-un mod diferit, pentru a-i fi favorabil, ceea ce nu poate fi primit.

Față de afirmațiile aferente categoriei de documente pe care pretinde Contestatoarea că ar fi trebuit să fie acceptate de către Comisia, această interpretare cu privire la persoanele pentru care ar dori să depună cazier judiciar este contradictorie. Dacă nu era obligatoriu, în viziunea Contestatoarei, să depună cazier judiciar sau alt document, de ce a considerat necesar să depună, totuși, declarații pe propria răspundere?!

Având în vedere această situație, Comisia este în imposibilitate de a verifica dacă ofertantul se află sau nu într-unul din cazurile care pot atrage excluderea.

Comisia de evaluare a acționat în mod corect și a considerat inacceptabilă oferta Contestatoarei, conform art. 134 alin. (5) coroborat cu art. 137 din HG nr. 395/2016.

Intervenienta solicită cheltuieli de judecată conform documentelor justificative.

Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 61¹ alin. (1) lit. b din Legea nr. 101/2016, contestatoarea a înaintat, în data de 13.06.2023, recipisa de consemnare a cauțiunii nr., în valoare de 42.900 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala, la data de 12.06.2023.

Cauțiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016.

Analizând actele existente la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă pentru "*Servicii de implementare sistem IT*", publicând în SEAP anunțul de participare nr. împreună cu documentația aferentă, valoarea estimată a procedurii fiind de 2.145.000 lei.

Ca urmare a comunicării rezultatului procedurii nr./31.05.2023, prin care i s-a adus la cunoștință că oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, a formulat contestație, criticând măsura respingerii ofertei sale.

După depunerea contestației, a depus cerere de intervenție ofertanta câștigătoare, solicitând respingerea ca nefondată a contestației. Având a se pronunța asupra admisibilității în principiu a cererii de intervenție, Consiliul reține că în calitatea sa de ofertantă câștigătoare, ... are interesul să stea în cauză. Prin urmare, în temeiul art. 63 din Codul de procedură civilă, va admite cererea de intervenție ca intervenție în favoarea autorității contractante.

Pe fondul cauzei, contestatoarea critică respingerea ofertei sale, subliniind caracterul excesiv al interpretării date de autoritatea contractantă prevederilor pct. III.1.1. din fișa de date a achiziției "cazierul judiciar al OE și al membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al OE **sau** al persoanelor care au putere de reprezentare, de decizie **sau** de control în cadrul acestuia, așa cum sunt identificate aceste persoane în Certificatul Constatator al OE eliberat de reg. prof. sau registrul comerțului din țara în care este stabilit OE".

Consiliul reține că potrivit dispozițiilor art. 164 din Legea nr. 98/2016, „(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic cu privire la care a stabilit, în urma analizei informațiilor și documentelor prezentate de acesta, sau a luat cunoștință în orice alt mod că a fost condamnat prin hotărâre definitivă a unei instanțe judecătorești, pentru comiterea uneia dintre următoarele infracțiuni:

a) constituirea unui grup infracțional organizat, prevăzută de [art. 367](#) din Legea [nr. 286/2009](#) privind [Codul penal](#), cu modificările și completările ulterioare, sau de dispozițiile corespunzătoare ale legislației penale a statului în care respectivul operator economic a fost condamnat;

b) infracțiuni de corupție, prevăzute de [art. 289-294](#) din Legea [nr. 286/2009](#), cu modificările și completările ulterioare, și infracțiuni asimilate infracțiunilor de corupție prevăzute de [art. 10-13](#) din Legea [nr. 78/2000](#) pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție, cu modificările și

completările ulterioare, sau de dispozițiile corespunzătoare ale legislației penale a statului în care respectivul operator economic a fost condamnat;

c) infracțiuni împotriva intereselor financiare ale Uniunii Europene, prevăzute de [art. 181 -185](#) din Legea nr. 78/2000, cu modificările și completările ulterioare, sau de dispozițiile corespunzătoare ale legislației penale a statului în care respectivul operator economic a fost condamnat;

d) acte de terorism, prevăzute de [art. 32-35](#) și [art. 37-38](#) din Legea nr. 535/2004 privind prevenirea și combaterea terorismului, cu modificările și completările ulterioare, sau de dispozițiile corespunzătoare ale legislației penale a statului în care respectivul operator economic a fost condamnat;

e) spălarea banilor, prevăzută de [art. 29](#) din Legea nr. 656/2002 pentru prevenirea și sancționarea spălării banilor, precum și pentru instituirea unor măsuri de prevenire și combatere a finanțării terorismului, republicată, cu modificările ulterioare, sau finanțarea terorismului, prevăzută de [art. 36](#) din Legea nr. 535/2004, cu modificările și completările ulterioare, sau de dispozițiile corespunzătoare ale legislației penale a statului în care respectivul operator economic a fost condamnat;

f) traficul și exploatarea persoanelor vulnerabile, prevăzute de [art. 209-217](#) din Legea nr. 286/2009, cu modificările și completările ulterioare, sau de dispozițiile corespunzătoare ale legislației penale a statului în care respectivul operator economic a fost condamnat;

g) fraudă, în sensul articolului 1 din Convenția privind protejarea intereselor financiare ale Comunităților Europene din 27 noiembrie 1995.

(2) Obligația de a exclude din procedura de atribuire un operator economic, în conformitate cu dispozițiile [alin. \(1\)](#), se aplică și în cazul în care **persoana condamnată printr-o hotărâre definitivă este membru al organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic sau are putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia**”.

Prevederile art. 164 din Legea nr. 98/2016 privesc o serie de infracțiuni grave, respectiv crimă organizată, terorism, spălarea banilor, fraudă, exploatarea persoanelor vulnerabile, nefiind suficientă verificarea doar a persoanelor mandatate de adunarea generală în conducerea societății, ci și a acționarilor semnificativi, legea urmărind să preîntâmpine scurgerea banilor publici către criminalitatea organizată. Din acest punct de vedere, în măsura în care există și cea mai mică suspiciune referitoare la operatorii economici participanți și la persoanele cu funcții de administrare și control, comisia de evaluare este datoră să verifice aceste aspecte, respectiv să solicite cazierul operatorilor economici membri ai asocierii, subcontractanți, asociați și ale persoanelor cu funcții de decizie sau control.

Contrar opiniei contestatoarei, nu este vorba de o opțiune alternativă a operatorilor economici de a prezenta fie cazierul operatorului, fie cazierul membrilor organului de conducere etc, ci

conjuncția „sau” din interiorul textului se referă la situația particulară a fiecărei societăți: este societate pe acțiuni și are consiliu de administrație, administrator unic, are consiliu de conducere, consiliu de supraveghere, comisie de cenzori etc, oricare dintre situațiile prevăzute de dispozițiile Legii nr. 31/1990 privind societățile comerciale (CAP. I Actul constitutiv și SECȚIUNEA a III-a Despre administrația societății).

Dacă legea ar trebui interpretată în modalitatea în care susține contestatoarea, respectiv că ofertanții ar avea opțiunea de a prezenta cazier doresc din multitudinea stabilită de lege, atunci ea ar fi lipsită de conținut și fără finalitate practică. Astfel, în condițiile în care societatea comercială nu are fapte înscrise în cazierul judiciar din cele prevăzute la art. 164, dar administratorii săi au astfel de fapte, atunci interdicția participării trebuie să opereze, deoarece alin. (2) din acest articol prevede expres acest lucru. Faptul că, de pildă, cenzorul nu are fapte înscrise în cazier, nu înseamnă că prezentarea cazierului acestei persoane absolvă societatea de obligația prezentării cazierului propriu sau al administratorilor.

Consiliul reține că art. 164 din Legea nr. 98/2016 reprezintă transpunerea întocmai a art. 57 alin. (7) din Directiva nr. 24/2014 având următorul conținut: „Obligația de a exclude un operator economic se aplică și în cazul în care persoana condamnată printr-o hotărâre definitivă este membru al organismului de administrare, de conducere sau de control al respectivului operator economic sau are putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia”.

În ceea ce îi privește, însă, pe subcontractanți, în cauza C395/18 Tim SpA – Direzione e coordinamento Vivendi SA împotriva Consip SpA, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a stabilit următoarele: *„Articolul 57 alineatul (4) litera (a) din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE nu se opune unei reglementări naționale în temeiul căreia autoritatea contractantă are posibilitatea sau chiar obligația de a exclude operatorul economic care a depus oferta de la participarea la procedura de achiziții publice în cazul în care motivul de excludere prevăzut de această dispoziție este constatat în privința unuia dintre subcontractanții menționați în oferta acestui operator. În schimb, dispoziția menționată coroborată cu articolul 57 alineatul (6) din această directivă, precum și principiul proporționalității se opun unei reglementări naționale care prevede caracterul automat al unei astfel de excluderi”.*

Prin urmare, Curtea stabilește că și subcontractanții sunt supuși acelorași verificări ca și ofertanții, dar autoritatea nu are posibilitatea respingerii automate a ofertei, ci trebuie să verifice încadrarea în situațiile de excludere, precum și eventualele măsuri de autocorectare.

Legislația românească prevede obligativitatea verificării îndeplinirii cerințelor de excludere și în ceea ce îi privește pe subcontractanți, dar dă posibilitatea înlocuirii acestora, o singură dată, dacă sunt incidente astfel de situații.

Consiliul mai reține că însăși autoritatea contractantă invocă faptul că societatea contestatoare a depus două declarații pe propria răspundere pentru înlocuirea cazierului, motivând faptul că autoritățile olandeze emit documente echivalente, și anume: „În vederea certificării că în cazul unei societăți nu sunt incidente motivele de excludere menționate mai sus, autoritățile olandeze, competente în cazul asociațiilor subscrisei, emit documentul cu denumirea Gedragsverklaring aanbesteden aanvragen (Certificate of Conduct for Procurement) („Certificatul”) în termen de 8 săptămâni.

Astfel, autoritatea contractantă conchide că societatea nu se regăsește în situația prevăzută la art. 168 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 pentru a accepta declarația pe propria răspundere, deoarece legislația națională stabilește această posibilitate doar pentru situația în care legislația din țara respectivă nu prevede posibilitatea emiterii unui astfel de document, ci subliniază că de la promovarea anunțului sau de la depunerea ofertelor era suficient timp pentru a obține și a depune cazierul, și că, oricum, contestatoarea nu a solicitat prelungirea termenului de depunere a cazierelor, ci a susținut că nu trebuie să îl depună, iar comisia nu i-a acordat din oficiu un astfel de termen, deoarece ar fi favorizat-o.

Autoritatea mai arată că niciodată nu s-a pus problema, în cursul evaluării, a schimbării subcontractantului, deoarece nu suntem în situația prevăzută la art. 170 din Legea nr. 98/2016, „(1) Autoritatea contractantă are obligația de a verifica inexistența unei situații de excludere prevăzute la [art. 164](#), [165](#) și [167](#) în legătură cu subcontractanții propuși.

(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.

(3) În scopul verificării prevăzute la [alin. \(1\)](#), subcontractantul completează declarația pe proprie răspundere în conformitate cu prevederile [art. 193-195](#), precizând că nu se află în niciuna dintre situațiile ce atrag excluderea din procedura de atribuire”.

Consiliul reține și incidența art. 168 din aceeași lege: „(1) Autoritatea contractantă are obligația de a accepta ca fiind suficient și relevant pentru demonstrarea faptului că ofertantul/candidatul nu se încadrează în una dintre situațiile prevăzute la [art. 164](#), [165](#) și [167](#), orice document considerat edificator, din acest punct de vedere, în țara de origine

sau în țara în care ofertantul/candidatul este stabilit, cum ar fi certificate, caziere judiciare sau alte documente echivalente emise de autorități competente din țara respectivă.

(2) În cazul în care există incertitudini în ceea ce privește existența sau inexistența unei situații de excludere, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita în mod direct informații de la autoritățile competente străine prevăzute la [alin. \(1\)](#).

(3) În cazul în care în țara de origine sau în țara în care este stabilit ofertantul/candidatul nu se emit documente de natura celor prevăzute la [alin. \(1\)](#) sau respectivele documente nu vizează toate situațiile prevăzute la [art. 164, 165 și 167](#), autoritatea contractantă are obligația de a accepta o declarație pe propria răspundere sau, dacă în țara respectivă nu există prevederi legale referitoare la declarația pe propria răspundere, o declarație autentică dată în fața unui notar, a unei autorități administrative sau judiciare sau a unei asociații profesionale care are competențe în acest sens”.

Textul de lege sus citat arată astfel, că autoritatea va accepta declarația atunci când legislația din țara de origine nu prevede eliberarea cazierului judiciar.

Verificând actele dosarului, Consiliul reține că autoritatea contractantă a solicitat 3 rânduri de clarificări, fiind primite 3 răspunsuri, pe problema cazierelor asociaților subcontractantului.

Consiliul reține, în contradicție cu susținerile autorității contractante, că operatorul economic a solicitat prelungirea termenului de depunere a cazierelor. Astfel, în răspunsul FN la solicitarea de clarificări nr. 585/17.05.2023, contestatoarea a precizat următoarele: „Deoarece termenul de eliberare a Certificatului este de 8 (opt) săptămâni de la depunerea cererii, iar Societatea este în curs de obținere a acestuia, vă transmitem atașat, potrivit art. 168 alin. (3) din Lege, declarații pe propria răspundere atestând faptul că și nu au săvârșit și nu au fost condamnate pentru fapte de natură penală sau de natură a fi înscrise în cazierul judiciar. După emiterea Certificatului de către autoritățile olandeze, îl vom transmite către Dvs”.

Prin urmare, nu se poate reține susținerea autorității contractante conform căreia operatorul nu a solicitat NICIODATĂ acordarea posibilității depunerii cazierului după expirarea termenului legal de emitere potrivit legii olandeze, răspunsul fiind inechivoc, în sensul că solicită permisiunea de a depune cazierele după data eliberării lor.

Consiliul mai reține că legislația achizițiilor se interpretează în sensul promovării competiției, și nu în sensul eliminării nemotivate a competitorilor.

Astfel, din conținutul răspunsului formulat de contestatoare nu se poate reține că aceasta ar refuza transmiterea cazierelor judiciare, pentru asociații subcontractantului, ci dimpotrivă, demonstrează că a

făcut demersuri în vederea obținerii lor, asumându-și depunerea inițială a declarațiilor pe propria răspundere, iar ulterior, depunerea cazierelor.

Consiliul mai reține că legislația nu interzice depunerea declarațiilor pe propria răspundere și în situații ca cea de față, respectiv timpul foarte lung de emitere a documentului, iar autoritatea contractantă nu poate respinge o ofertă în această situație. De asemenea, apărarea autorității contractante conform căreia operatorul avea timp de la momentul inițierii procedurii să obțină caziere nu poate fi acceptată ca validă, deoarece legislația națională stabilește obligația depunerii acestora doar pentru ofertantul câștigător, scopul fiind reducerea sarcinii administrative pentru participanții la proceduri.

A interpreta legea în sensul că toți operatorii trebuie să aibă toate documentele pregătite pentru eventualitatea în care ar deveni câștigător se abate de la sensul legii.

Nu în ultimul rând, apare ca fiind discriminatorie interpretarea autorității contractante, deoarece conform acesteia, s-ar putea stabili admisibilitatea unei ofertei în funcție de legea națională a unor operatori economici, aspect ce încalcă prevederile legislației naționale și ale Directivei nr. 24/2014. În acest sens, articolul 60 din Directiva menționată stabilește următoarele: Mijloace de probă - „(1) **Autoritățile contractante pot solicita certificatele, declarațiile și celelalte mijloace de probă menționate la alineatele (2), (3) și (4) din prezentul articol și în anexa XII ca dovadă pentru absența motivelor de excludere astfel cum sunt menționate la articolul 57 și pentru îndeplinirea criteriilor de selecție în conformitate cu articolul 58.**

În cazul în care statul membru sau țara în cauză nu eliberează astfel de documente sau certificate sau dacă acestea nu acoperă toate cazurile menționate la articolul 57 alineatele (1) și (2) și alineatul (4) litera (b), acestea pot fi înlocuite cu o declarație pe propria răspundere sau, în statele membre sau țările în care nu este prevăzută o astfel de declarație, cu o declarație solemnă făcută de persoana interesată în fața unei autorități judiciare sau administrative competente, a unui notar sau a unui organism profesional sau comercial competent, în statul membru sau țara de origine sau în statul membru sau țara de stabilire a operatorului economic.

Un stat membru furnizează, atunci când este cazul, o declarație oficială care precizează că documentele sau certificatele menționate în prezentul alineat nu sunt eliberate sau că acestea nu acoperă toate cazurile menționate la articolul 57 alineatele (1) și (2) și alineatul (4) litera (b). **Astfel de declarații oficiale se pun la dispoziție prin intermediul arhivei de certificate online (e-Certis) menționate la articolul 61”.**

În cazul de față, prin sistemul e-Certis s-a dovedit că astfel de acte nu sunt accesibile la momentul solicitat, deci autoritatea trebuie să accepte și această declarație pe propria răspundere.

A interpreta altfel legislația achizițiilor publice, ar reprezenta o încălcare a principiilor stabilite la art. 2 din Legea nr. 98/2016.

Consiliul mai reține și relevanța art. 1 din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016 invocat de contestatoare: „(1) În procesul de realizare a achizițiilor publice orice situație pentru care nu există o reglementare explicită se interpretează prin prisma principiilor prevăzute la art. 2 [alin. \(2\)](#) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, denumită în continuare Lege.

(2) Pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are obligația de a lua toate măsurile necesare pentru a evita apariția unor situații de natură să determine existența unui conflict de interese și/sau împiedicarea, restrângerea sau denaturarea concurenței.

(3) În cazul în care constată apariția unei situații dintre cele prevăzute la [alin. \(2\)](#), autoritatea contractantă are obligația de a elimina efectele rezultate dintr-o astfel de împrejurare, adoptând, potrivit competențelor, după caz, măsuri corective de modificare, încetare, revocare sau anulare ale actelor care au afectat aplicarea corectă a procedurii de atribuire sau ale activităților care au legătură cu acestea.

(4) Autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru, inclusiv achiziția directă, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile”.

În același timp, există dispoziții legale care stabilesc posibilitatea de a exclude din procedură oricând un operator economic care se încadrează în situațiile de excludere. În acest sens, art. 169 din Legea nr. 98/2016 stabilește următoarele: „Autoritatea contractantă exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire în care ia la cunoștință că operatorul economic se află, având în vedere acțiunile sau inacțiunile săvârșite înainte sau în cursul procedurii, în una dintre situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire”.

Mai mult decât atât, chiar și după semnarea contractului, acesta poate fi anulat, în condițiile art. 223 din Legea nr. 98/2016: „(1) Fără a aduce atingere dispozițiilor dreptului comun privind încetarea contractelor sau dreptului autorității contractante de a solicita constatarea nulității absolute a contractului de achiziție publică, în conformitate cu dispozițiile dreptului comun, autoritatea contractantă are dreptul de a denunța unilateral un contract de achiziție publică în perioada de valabilitate a acestuia în una dintre următoarele situații:

a) **contractantul se afla, la momentul atribuirii contractului, în una dintre situațiile care ar fi determinat**

excluderea sa din procedura de atribuire potrivit art. 164-167", existând suficiente pârghii la îndemâna autorității contractante pentru a verifica eventuala existență a faptelor înscrise în cazierul judiciar.

În condițiile în care legea stabilește doar situația în care autoritățile din statele respective nu emit caziere judiciare, fără a stabili și situația în care aceste documente se emit cu mare întârziere, principiul nediscriminării, al egalității de tratament și al proporționalității se opun eliminării unui operator, în condițiile în care legea permite și dovedirea alternativă a cerinței.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de în contradictoriu cu și va dispune reevaluarea ofertei acestei societăți, în conformitate cu cele dispuse.

În temeiul art. 67 din Codul de procedură civilă, respinge ca nefondată cererea de intervenție formulată de

Măsurile dispuse vor fi aduse la îndeplinire în termen de 15 zile de la comunicarea prezentei.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de în contradictoriu cu și dispune reevaluarea ofertei acestei societăți, în conformitate cu cele dispuse.

În temeiul art. 67 din Codul de procedură civilă, respinge ca nefondată cererea de intervenție formulată de

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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