# CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, Bucureşti, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 www.cnsc.ro


**În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea**

## DECIZIE

**Nr. ...../...../.....**
**Data: .....**

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., înaintată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ....., județul ....., având CUI ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerţului sub nr. ....., reprezentată legal prin ..... și convențional prin avocat ....., în calitate de lider al Asocierii SC ..... SRL - ..... SRL - ..... SRL, formulată împotriva raportului procedurii nr. 26708/22.03..... și a răspunsului nr. 31160/..... la notificarea prealabilă, acte emise de SC ....., cu sediul în ....., ....., județul ....., în calitate de entitate contractantă în procedura, licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii unui contract de Lucrări (proiectare și execuție) având ca obiect „.....”, cu anunț de participare (sectoriale) nr. ....., publicat în SEAP la ....., s-a solicitat Consiliului:

- „anularea parțială a raportului procedurii nr. 26708 din 22.03..... în ceea ce privește considerentele respingerii ofertei noastre ca neadecvată şi respectiv, inacceptabilă;
- anularea răspunsului nr. 31160/..... la procedura prealabilă formulată de subscrisa”.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., SC ..... SRL atacă raportul procedurii nr. 26708/22.03..... și răspunsul nr. 31160/..... la notificarea sa prealabilă, acte emise de SC ....., în procedura amintită, potrivit cărora oferta sa a fost declarată neadecvată, conform dispozițiilor coroborate ale art. 180 alin. (1) lit. h) cu cele ale

art. 228 alin. (6) din Legea nr. 99/2016 şi, totodată, inacceptabilă, potrivit art. 140 alin. (4) şi art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016.

Ca o chestiune prealabilă, contestatoarea susține că adresa nr. 31160/..... este lovită de nulitate, datorită nemotivării sale, în fapt și în drept. Contestatoarea precizează că răspunsul entității contractante la solicitarea sa prealabilă, de adoptare a măsurile de remediere, este un act administrativ, care trebuie să respecte exigențele de formă specifice, inclusiv motivarea în fapt și în drept.

Din punct de vedere al dreptului administrativ pur, una din condițiile de legalitate și validitate a oricărui act administrativ o reprezintă motivarea acestuia de către autoritatea emitentă, obligația motivării reprezentând o garanție contra arbitrariului și excesului de putere, mai ales, în cazul actelor prin care se suprimă drepturi sau situații juridice individuale.

Contestatoarea susține că principiul obligativității motivării clare a actului administrativ este statuat de practica Înaltei Curți de Casație și Justiție (Decizia nr. 1580/2008), care citează din principiile Curții Europene de Justiție: "Astfel cum a decis Curtea Europeană de Justiție, amploarea și detalierea motivării depind de natura actului adoptat, iar cerințele pe care trebuie să le îndeplinească motivarea depind de circumstanțele fiecărui caz, o motivare insuficientă sau greșită este considerată a fi echivalentă cu o lipsă a motivării actelor. Mai mult, insuficiența motivării sau nemotivarea atrag nulitatea sau nevalabilitatea actelor comunitare".

În consecință, precizează contestatoarea, actele administrative contestate nu îndeplinesc condiția esențială a motivării, sancțiunea fiind nulitatea absolută, nulitate care nu poate fi acoperită printr-o motivare ulterioară.

Pe fondul cauzei, în ceea ce privește motivul de excludere potrivit căruia în lista principalelor lucrări executate în ultimii 5 ani există o serie de informații false, în raport cu înscrisurile emise de autoritățile contractante beneficiare ale contractelor de achiziții publice respective, cu trimitere la contractul „Extinderea şi reabilitarea sistemului de captare şi tratare a apei potabile din aglomerările Budești, Oltenița, Fudulea, Lehliu”, contestatoarea susține, pe de o parte, că entitatea contractantă nu putea da niciun efect juridic acestui document - lista principalelor lucrări executate în ultimii 5 ani - în cuprinsul raportului procedurii, deoarece prezentarea listei nu a fost solicitată prin documentația de atribuire.

Așa cum rezultă din analiza documentației emise de entitatea contractantă, se poate lesne observa că nu a fost solicitată o asemenea listă, ci doar indicarea unui singur contract (sau cel mult două) drept experiență similară.

Cum această listă nu a fost solicitată, în speță, nu este îndeplinită condiția reglementată prin prevederile art. 180 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 99/2016, respectiv nu există scopul vizat, şi anume, „verificarea absenței motivelor de excludere sau a îndeplinirii criteriilor de calificare şi selecție".

Mai mult, arată contestatoarea, acest contract nu a fost indicat ca experiență similară, ci contractul „Lucrări la sursele de apă ale Municipiului Târgoviște", astfel cum s-a reținut, de altfel, la fila 81 a raportului, depunerea listei principalelor lucrări este fără efecte în procedură, deoarece nu a fost solicitată (fiind efectul unei simple obișnuințe de a depune o asemenea listă).

Pe de altă parte, contestatoarea consideră că entitatea contractantă era obligată să îi solicite mai întâi clarificări cu privire la pretinsa neconcordanță între data declarată drept finalizare a acestui contract, 14.01.2014 și data de 18.08.2014, identificată de entitatea contractantă, prin verificarea documentelor publicate în SEAP.

Așa cum practica CNSC și a instanțelor de judecată a conturat deja, de mult timp, entitatea contractantă nu poate proceda la excluderea unei oferte fără a solicita în prealabil ofertantului să clarifice eventualele informații incomplete sau eronate pe care aceasta le identifică în documentele ofertei. În acest context, contestatoarea apreciază că excluderea ofertei sale, pe acest considerent, este prematură și, drept urmare, netemeinică.

De altfel, contestatoarea precizează că deține documentul constatator primar nr. 2300 din 11.08.2014, eliberat de autoritatea contractantă ...., din care reiese că durata contractului este de la 01.06.2011 până la 30.01.2014, dar și documentul constatator final nr. 1312 din 01.08.2016, în care durata contractului este precizată, de asemenea, ca încheindu-se la 30.01.2014.

Pe de altă parte, data efectivă de finalizare a acestui contract (11.01.2014 - 30.01.2014 ori 18.08.2014) este irelevantă, neputând produce niciun fel de efect în procedura de față, neavând nicio semnificație în ceea ce privește „verificarea absenței motivelor de excludere sau a îndeplinirii criteriilor de calificare şi selecție".

Drept urmare, în conformitate cu art. 180 alin. (1) lit. h) nu putem fi în prezența unui motiv de excludere legal.

Aducând aceleași argumente, contestatoarea apreciază că entitatea contractantă nu putea proceda la calificarea ofertei sale ca neadecvată și inacceptabilă, urmare a faptului că în cuprinsul listei principalelor lucrări, la contractul referitor la „MS-SG&CS-YB-04 Sighișoara și Cristuru Secuiesc reabilitarea stațiilor de tratare a apei 1710 din 19.06.2013” a identificat neconcordanțe între perioada declarată de derulare a contractului, 13.08.2013 - 13.04.2016 și data de încetare a efectelor contractului, ”considerată drept 31.08.....”.

Și în acest caz, menționează contestatoarea, dacă entitatea contractantă i-ar fi solicitat clarificări, ar fi arătat faptul că nu se mai putea reține, la acest moment, existența unor lucrări executate defectuos sau neexecutate, din Anexa 2 la procesul-verbal de recepție la terminarea lucrărilor din 31.05.2017, deoarece aceste lucrări au fost remediate (potrivit proceselor-verbale de remediere anexate).

În ceea ce privește respingerea ofertei, ca neadecvată, în temeiul prevederilor art. 180 alin. (1) lit. g) coroborate cu cele ale art. 228 alin.

(6) din Legea nr. 99/2016, motivat de faptul că în documentul constatator final emis de ...., la 01.08.2016, s-a menționat faptul că „în cadrul contractului au fost executate lucrări care au fost finalizate după expirarea duratei de execuție a lucrărilor; respectiv, data de 30.01.2014, pentru care au fost aplicate penalități contractuale. Lucrările din cadrul contractului au fost executate în totalitate la data de 18.08.2014”, contestatoarea apreciază că această mențiune nu poate constitui temei al excluderii ofertei sale.

În acest sens, contestatoarea precizează că entitatea contractantă nu a cunoscut contextul în care au fost aplicate aceste penalități. Potrivit dispozițiilor art. 184 din Legea nr. 99/2016 îi acordă dreptul contestatoarei de a furniza dovezi care să arate în concret dacă sunt întemeiate motivele de excludere reglementate de art. 180. Or, entitatea contractantă nu i-a solicitat clarificări, fiindu-i încălcat dreptul contestatoarei la probațiune reglementat prin prevederile art. 184 din Legea nr. 99/2016.

În sensul obligativității entității contractante de a permite aplicarea efectivă a acestui text, contestatoarea invocă, cu titlu de exemplu, Decizia nr. 748/C8/498 din 21.03....., pronunțată de CNSC într-o speță similară.

În continuare, invocând dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. g)și alin. (6) din Legea nr. 99/2016, precum și pe cele ale art. 161 alin. (8) din HG nr. 394/2016, contestatoarea susține că, pentru a se putea decide, în mod legal şi temeinic, excluderea unui ofertant dintr-o procedură de achiziție publică, nu este suficient să existe un document constatator *nefavorabil* ofertantului în cauză, ci trebuie constatat că ceea ce se impută ofertantului, prin documentele respective, reprezintă *încălcări grave* ale contractelor asumate, de genul celor exemplificate de prevederile art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016.

Or, în cazul contractului invocat, nu se reține abateri grave, de genul avut în vedere de dispozițiile art. 180 din Legea nr. 99/2016, în sensul neexecutării lucrărilor sau al executării unor lucrări neconforme ci, din contră, lucrările au fost executate, sens în care au fost încheiate procese-verbale de recepție la terminarea lucrărilor și, respectiv, procese-verbale de recepție finală, fără semnalarea de deficiențe.

Mai mult, menționează contestatoarea, contractul nu a fost reziliat și nu s-au imputat deficiențe în privința lucrărilor executate, singurele lucruri imputate fiind depășirea termenului de execuție a lucrărilor și potențiale penalități derivate strict din nerespectarea termenului contractual (nu daune interese pentru neexecutarea obiectului contractului).

Prin urmare, susține contestatoarea, simpla finalizare a contractului după termenul contractual convenit nu poate fi asimilat cu cazurile grave enumerate la art. 180 alin. (8), în condițiile în care dimpotrivă lucrările au fost executate și au fost conforme cu contractul, existând inclusiv procese-verbale de recepție finală.

Cu titlu de exemplu, contestatoarea invocă practica CNSC în această privință, respectiv că nu orice fel de abatere reprezintă temei al

descalificării unui ofertant dintr-o procedură de achiziție publică. Nu este gravă abaterea ce constă în neexecutarea unui contract, în realizarea de lucrări necorespunzătoare, dacă aceste fapte nu conduc la despăgubiri datorate autorității contractante (Decizia nr. 222/30.03.2017).

În ceea ce privește motivele privind existența, în evidențele Oficiului Registrului Comerţului, mențiunii privind condamnarea penală a lui ...., contestatoarea precizează că, la data redactării raportului, mențiunea respectivă este radiată.

Totodată, contestatoarea arată că, având în vedere dispozițiile art. 177 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, informația privind condamnarea penală a domnului ....este nerelevantă pentru procedura de achiziție în discuție. Nici la data depunerii ofertei și nici în vreun moment în perioada desfășurării procedurii de atribuire, domnul ....nu avea și nu are niciun fel de calitate în societatea ....SRL și acest fapt este incontestabil.

Mai mult, domnul ....nu avea niciun fel de calitate în societatea ....SRL nici la data efectuării mențiunii în Registrul Comerţului în 2017, nici la data pronunțării sentinței Tribunalului Bacău - 14.09.2015, nici la data pronunțării Curții de Apel Brașov - 20.12.2016, după cum nu are nici în prezent.

În aceste condiții, existenta mențiunii nr. 1457 din 15.01.2017 din istoricul societății era oricum nerelevantă și nu era de natură a produce vreun efect cu privire la dreptul contestatoarei de a avea calitatea de ofertant în prezenta procedură de achiziție publică.

În acest context, contestatoarea reiterează faptul că nu este îndeplinită condiția reglementată la art. 180 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 99/2016, respectiv, nu există scopul vizat şi anume „verificarea absenței motivelor de excludere sau a îndeplinirii criteriilor de calificare şi selecție”.

În drept, contestatoarea invocă dispozițiile art. 8 din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 33772/17.04....., înregistrată la CNSC sub nr. 15629/18.04....., entitatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, solicitând (i) admiterea excepției lipsei calității de reprezentant şi anularea contestației ca formulată de o persoană ce nu a dovedit calitatea de reprezentant; (ii) admiterea excepției lipsei de interes şi respingerea contestației ca fiind lipsită de interes și (iii) respingerea contestației ca nefondată.

În susținerea primei excepții invocate, entitatea contractantă precizează că exemplarul contestației primite este semnat de d-na av. ....., fără a fi fost comunicată și o copie a împuternicirii sale avocațiale. Spre deosebire, notificarea prealabilă contestației, cu solicitările de remediere, având nr. 164/16.02....., semnată de d-na av. ....., a fost însoțită de o copie a împuternicirii avocațiale nr. IS/30.015.331/16.02....., ce prevede ca limită a mandatului acordat redactarea, semnarea și susținerea notificării prealabile,

asistență/reprezentare în fața .... SA, iar acest mandat avocațial nu este valabil și pentru contestația în fața CNSC.

În temeiul art. 82 NCPC, entitatea contractantă invocă excepția lipsei dovezii calității de reprezentant a d-nei av. ..... pentru contestatoare și solicită admiterea ei și anularea contestației, ca fiind formulată de o persoană ce nu a dovedit calitatea de reprezentant al contestatoarei. Mai precizează entitatea contractantă și faptul că, potrivit art. 176 pct. 2 NCPC, nulitatea nu este condiționată de existența unei vătămări în cazul încălcării dispozițiilor legale referitoare la reprezentarea procesuală.

În continuare, entitatea contractantă susține că, la *pct. III.2.3. Capacitatea tehnică și/sau profesională* din fișa de date a achiziției, s-a prevăzut, sub nr. 1, cerința experienței similare, în conformitate cu art. 192 lit. a) din Legea nr. 99/2016:

*Ofertanții trebuie să facă dovada că în ultimii 5 ani împliniți la data termenului limită pentru depunerea ofertei au realizat un sistem de alimentare cu apă care să includă cel puțin execuția/reabilitarea a minim două puțuri forate, cu un debit minim pe foraj de Qforaj-4,0 l/s, putându-se demonstra îndeplinirea cerinței și distinct pentru componenta de proiectare, respectiv execuție*.

De asemenea, ca modalitate de îndeplinire a cerinței, entitatea contractantă arată că s-au prevăzut următoarele:

*Cerința se consideră îndeplinită prin prezentarea unui contract de proiectare și execuție sau prin prezentarea a maxim două contracte distincte, unul de proiectare și unul de execuție.*

*Se va completa DUAE de către operatorii participanți la procedură cu informațiile aferente situației lor.*

*Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE urmează a fi prezentate, la solicitarea entității contractante, doar de ofertantul clasat pe primul loc.*

*Aceste documente sunt:*

*Pentru contractele de lucrări:*

*- extrase relevante ale contractului/documente/certificate (ex. procesul-verbal de recepție finală/procesul-verbal de recepție la terminarea lucrărilor, certificate de predare-primire, recomandări, certificări de bună execuție, certificate constatatoare) care să ateste faptul că lucrările au fost executate în conformitate cu normele legale în domeniu și că au fost duse la bun sfârșit și/sau alte documente din care să reiasă: beneficiarul, cantitatea (indicatori tehnici ce caracterizează obiectul lucrării), perioada (inclusiv data încheierii contractului) și locul execuției lucrărilor.*

*Pentru contractele de servicii de proiectare:*

*- extrase relevante ale contractului/documente/certificate (ex. procesul-verbal de aprobare a documentației, la nivel PT, de către Beneficiarul investiției) care să ateste faptul că serviciile au fost prestate în conformitate cu normele legale în domeniu și că au fost duse la bun sfârșit.*

*Notă: În cazul în care oferta este depusă de un grup de operatori economici, cerința privind experiența similară se poate îndeplini prin cumul iar documentele solicitate care probează îndeplinirea cerinței vor fi prezentate de cei care îndeplinesc această cerință*.

De asemenea, entitatea contractantă prezintă toate documentele depuse pentru demonstrarea îndeplinirii cerinței privind experiența similară de către asocierea al cărei lider este contestatoarea, iar, în ceea ce privește contractul „Lucrări la sursele de apă ale Municipiului Târgoviște" ce a fost atribuit de .... SA asocierii SC ....SA & SC .... SA la o valoare de 22.568.588 lei, entitatea contractantă prezintă clauzele referitoare la *Subantreprenor.*

Întrucât data atribuirii contractului „Lucrări la sursele de apă ale Municipiului Târgoviște" este 02.05.2012, iar valoarea declarată în contractul de subantrepriză nr. S-06/23.05.2012 depășește procentul de 1% din valoarea contractului, peste care este necesară aprobarea prealabilă a autorității contractante și a Inginerului Contractului, entitatea contractantă susține că, prin adresa nr. 13875/12.02....., comisia de evaluare a solicitat beneficiarului, .... SA, să comunice dacă .... SRL (actual ..... SRL) a avut calitatea de Subantreprenor aprobat de Inginerul de Supervizare/Beneficiar în conformitate cu Sub-Clauza 4.4 [Subantreprenorii].

Deoarece .... SA a arătat, în răspunsul nr. 8045/14.02....., că .... SRL (actual ..... SRL) nu a avut calitatea de Subantreprenor aprobat de Inginerul de Supervizare/Beneficiar în conformitate cu Sub-Clauza 4.4 [Subantreprenorii], prin solicitarea de clarificări nr. 9 (adresa nr. 14753/14.02.....), comisia de evaluare a solicitat contestatoarei să comunice înscrisuri, emise de beneficiarul investiției obiect al contractului „Lucrări la sursele de apă ale Municipiului Târgoviște", care să ateste faptul că a avut calitatea de subcontractor, demers împotriva căruia SC ..... SRL a formulat, în precedent, contestație (respinsă ca nefondată de Consiliu prin Decizia nr. .../...../..... din 20.03.....).

Ulterior emiterii deciziei CNSC, entitatea contractantă a întocmit raportul procedurii nr. 26708/22.03..... (pag. 86 - 89/104) şi comunicarea nr. 26711/22.03..... potrivit cărora oferta contestatoarei a fost respinsă ca:

(A) neadecvată [art. 180 alin. (1) lit. h) coroborat cu art. 228 alin. (6) din Legea nr. 99/2016] şi inacceptabilă [art. 140 alin. 4 şi art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016], pentru următoarele motive :

(i) Clarificările/completările transmise de ofertant sunt neconcludente în raport cu cele solicitate prin Clarificarea nr. 9/14.02....., transmisă de comisia de evaluare pentru a clarifica demonstrarea îndeplinirii cerinței privind experiența similară, în conformitate cu prevederile Instrucțiunii nr. 2/2017 emisă de Agenția Națională de Achiziții Publice (ANAP). Completarea documentelor cu contractul „MS-SG&CS-YB-04 Sighișoara şi Cristuru Secuiesc - Reabilitarea Stațiilor de tratare a Apei (Proiectare şi Execuție) nr.

1710/19.06.2013”, prezentat în detaliu în dispozitivul răspunsului la clarificare, ulterior datei de depunere a ofertelor, creează un avantaj evident ofertantului şi nu poate fi acceptată;

(ii) Răspunsul ....SA, în calitatea sa de Beneficiar final, sub semnătura reprezentantului legal al acesteia, directorul general Dumitru Adrian, a infirmat (nu a atestat) calitatea de Subcontractant declarat legal al companiei SC ..... SRL în cadrul contractului de lucrări nr. 13508/02.05.2011 - CL 1 „Lucrări la sursele de apă ale Municipiului Târgoviște”;

(iii) Prezentarea contractului de subantrepriză nr. S-06/23.05.2012, încheiat între SC ....SA, legal reprezentată de dl. .... şi SC ....SRL, reprezentată legal de dl. ...., fără confirmarea Beneficiarului final (....SA) asupra prezenței subcontractorului în șantier şi a execuției lucrărilor şi serviciilor indicate, nu este opozabilă modalității de îndeplinire a cerinței de calificare privind experiența similară. Un astfel de acord de subcontractare, care nu a fost supus aprobării Beneficiarului, conform Sub-Clauzei 4.4 din cadrul Condițiilor Generale din Contract, Tip FIDIC Galben, nu permite accesul subcontractorului în șantier, implicit nu puteau fi executate lucrările indicate, deci nici dobândirea experienței similare invocate;

(iv) Lista principalelor lucrări executate în ultimii 5 (cinci) ani prezentată, cuprinde o serie de informații false în raport cu înscrisurile emise de autoritățile contractante, beneficiare ale contractelor respective. În esență, fac referire la durata de execuție indicată pentru contractul „Extinderea şi reabilitarea sistemului de captare şi tratare a apei potabile din aglomerările Budești, Oltenița, Fundulea, Lehliu", respectiv până la data de 14.01.2014, în condițiile în care în documentul constatator publicat în SEAP cu nr. 54888, emis de autoritatea contractantă .... pentru Antreprenorul reprezentat de Asocierea SC .... SA - SC .... SA - SC .... SRL - SC ..... SRL, cu referire la modul de îndeplinire al contractului „Extinderea şi reabilitarea sistemului de captare şi tratare a apei potabile din aglomerările Budești, Oltenița, Fundulea, Lehliu”, la punctul 6 litera b) se menționează: „respectarea termenelor contractuale de executare lucrări: .... Lucrările din cadrul contractului au fost executate în totalitate la data de 18.08.2014”.

(v) Totodată, în cuprinsul aceleiași Liste, pentru contractul „MS-SG&CS-YB-04 Sighișoara şi Cristuru Secuiesc - Reabilitarea Stațiilor de tratare a Apei (Proiectare şi Execuție) nr. 1710/19.06.2013”, încheiat cu compania .... SA ...., au fost furnizate informații false de derulare a contractului din 13.08.2013 până la data de 13.04.2016. Aceste informații false, prezentate cu bună știință de ofertant, fiind confirmate de înscrisurile transmise la răspunsul solicitării de clarificare nr. 9, respectiv procesul-verbal de recepție la terminarea lucrărilor din data de 31.05.2017 însoțit de Anexa 2 (lucrări executate defectuos sau neexecutate) având termen până la data 31.08.2017. La data prezentei, contractul este în derulare, urmând Perioada de Notificare a Defectelor și procesul-verbal de recepție finală ce va fi emis cel mai devreme într-un an de la data recepției lucrărilor respectiv 31.05.....

(vi) În ceea ce privește mențiunile asociate Formularului de informații emis de Oficiul Național al Registrului Comerţului cu referire la condamnarea d-lui ...., ofertantul prezintă răspunsuri contradictorii în cadrul răspunsurilor la Clarificarea nr. 7/25.01....., când a afirmat că „Dl. ....nu a deținut în trecut şi nici nu deține în prezent vreo funcție în cadrul SC ..... SRL", iar în răspunsul la Clarificarea nr. 8, susține că „afirmația noastră potrivit căreia dl. ....nu a deținut în trecut vreo funcție în cadrul societății ..... SRL se referă strict la perioada în care dl. .... a deținut calitatea de asociat al SC ..... SRL, calitate în care putea cunoaște membrii de conducere, respectiv administratorii acestei societăți". De asemenea, tot cu caracter contrar răspunsului din cadrul Clarificării nr. 8, în cadrul răspunsului la Clarificarea nr. 9 ofertantul precizează că „Declarația sa nu se referă la perioada anterioară datei de 01.10.2015, perioadă pe care acesta nu a analizat-o şi nu a cunoscut-o în calitatea sa de semnatar al adresei nr. 74/30.01.....". Această situație se încadrează în mod evident la prezentare de informații false având în vedere faptul că dl. ....a devenit administrator în data de 01.10.2015, înlocuind-o pe d-na .... din această calitate şi a devenit asociat unic în 15.05.2017, împuternicind-o pe d-na .... pentru îndeplinirea formalităților de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului a prezentei hotărâri și a noului Act Constitutiv, d-na .... fiind soția d-lui ..... Mai mult, prezentarea, în deplină cunoștință şi cu bună știință, de informații false, este întărită de totala contradicție din afirmația d-lui Apostu Lucian, administrator al SC ..... SRL, de necunoaștere a trecutului companiei, cu controlul interpus exercitat de dl. .... asupra SC ..... SRL, în susținerea acestei încadrări fiind contractele de subantrepriză cu companii deținute şi/sau administrate de acesta din urmă, de acțiuni comerciale, precum girarea către SC ....SRL, BO seria RZBR3AB nr. 0499455 emis SC ..... SRL în favoarea SC ....SA, cu termen scadent în 7.11.2014, consemnat în cadrul soluției din Dosarul de la Tribunalul ....., cu nr. 15598/233/2014. Urmând același scop al disimulării informațiilor reale, afirmația despre necunoașterea trecutului companiei este în disonanță cu folosirea acestui trecut, prin prezentarea unor activități petrecute prezumptiv (pentru motivele de neconfirmare ale Beneficiarului final) în dovedirea îndeplinirii cerinței privind experiența similară - a se vedea contractul de subantrepriză nr. S-06/23.05.2012, încheiat între SC ....SA, legal reprezentată de dl. .... şi SC ....SRL, reprezentată legal de dl. .....

(B) neadecvată [art. 180 alin. (1) lit. g) coroborat cu art. 228 alin. (6) din Legea nr. 99/2016], pentru următoarele motive:

(vii) Înlăuntrul documentului constatator publicat în SEAP cu nr. 54888, emis de autoritatea contractantă ...., pentru Antreprenorul reprezentat de Asocierea SC .... SA - SC .... SA - SC .... SRL - SC ..... SRL, cu referire la modul de îndeplinire al contractului „Extinderea şi reabilitarea sistemului de captare şi tratare a apei potabile din aglomerările Budești, Oltenița, Fundulea, Lehliu", la punctul 6 litera b) este menționat: „respectarea termenelor contractuale de executare

lucrări: contractul a fost prelungit cu 14 luni din motive obiective, neimputabile Contractorului. De asemenea, în cadrul contractului au fost executate lucrări care au fost finalizate după expirarea duratei de execuție a lucrărilor, respectiv după data de 30.01.2014, pentru care au fost aplicate penalități contractuale. Lucrările din cadrul contractului au fost executate în totalitate la data de 18.08.2014". Contractul de proiectare şi execuție lucrări (parte integrantă a documentației de atribuire publicată în SEAP cu nr. anunţ de participare 112201/01.12.2010), este guvernat de principiile tip FIDIC Galben, şi prevede răspunderea solidară a asociaților în relația cu Beneficiarul, în conformitate cu prevederile art. 1.14 din Condițiile Generale de Contract care stipulează: „Dacă Antreprenorul constituie (potrivit prevederilor Legilor în vigoare) o asociere, un consorțiu sau o altă grupare de două sau mai multe persoane: [...] a) aceste persoane vor fi considerate ca având obligații comune şi individuale față de Beneficiar pentru executarea Contractului; [...]". Din dispozitivul certificatului constatator constatăm o întârziere de aproape 7 (șapte) luni în respectarea unei obligații principale din contractul de achiziție publică, care a condus la plata de daune - interese sau alte sancțiuni comparabile. Această întârziere, asumată de toți membrii asocierii (care constituie „Antreprenorul" şi incumbă răspundere individuală şi comună), este consemnată în documentul constatator, fiind făcută precizarea că au fost aplicate penalități de întârziere. Potrivit prevederilor Codului civil, art. 1530 - dreptul la daune interese şi art. 1538 - clauza penală, daunele moratorii, în lumina actualelor reglementări instituite prin dispozițiile noului Cod civil sunt de două tipuri şi anume: dobânda penalizatoare şi penalitățile de întârziere.

(viii) În cadrul contractului de proiectare şi execuție lucrări (parte integrantă a documentației de atribuire publicată în SEAP cu nr. anunţ de participare 112201/01.12.2010), subzistă clauza penală cu referire la daunele moratorii, cuantumul penalităților de întârziere în executarea contractului fiind prevăzut expres în contract, neaflându-ne în situația în care acest cuantum să fie stabilit prin lege (art. 1489 şi art. 1535 NCC), aplicarea acestor penalități însemnând, în subsidiar, o consecință a nerespectării unei obligații principale din contractul de achiziție publică.

În continuare, entitatea contractantă arată că, contrar susținerii contestatoarei, adresa nr. 31160/..... nu trebuie motivată în sensul indicat de aceasta, deoarece nu este act administrativ, ci rămâne o simplă operațiune administrativă în sensul art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

Ca operațiune administrativă pregătitoare, un refuz de adoptare a unor măsuri de remediere, conform art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, nu poate fi anulat pentru lipsa motivării, urmând a fi supus cenzurii CNSC, potrivit regulilor edictate în această Lege.

Pe de altă parte, în susținerea excepției lipsei interesului, entitatea contractantă precizează că, în timp ce art. 33 alin. (1) din Codul de procedură civilă prevede că Interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut şi actual, Legea nr. 101/2016 circumscrie acest interes

prin definițiile enunțate la art. 2 alin. (1) și art. 3 alin. (1) lit. f) și alin. (3).

Din coroborarea normelor citate se desprinde concluzia că interesul nu mai este legitim dacă una din cele două condiții cumulative din art. 3 alin. (1) lit. f) nu mai este îndeplinită:

- fie excluderea notificată ofertantului interesat nu mai poate face obiectul unei căi de atac,
- fie ofertantul nu a suferit, nu suferă sau nu riscă să sufere un prejudiciu.

Ambele condiții nu sunt îndeplinite în circumstanțele cauzei deoarece motivele (i), (ii) şi (iii) de excludere nu au format obiectul notificării prealabile nr. 351/27.03....., nu formează nici obiectul contestației, iar contestaţia nu mai poate fi modificată.

În jurisprudență, s-a consacrat soluția că motivele necuprinse în notificarea prealabilă nu pot fi invocate pentru prima dată în contestație (Sentința nr. 19/CA/30.01....., Curtea de Apel .....); a fortiori, motivele de excludere (i), (ii) şi (iii), ce nu au format obiectul notificării prealabile şi nu formează nici obiect al contestației, configurează o excludere notificată ofertantului interesat, ce nu mai poate face obiectul unei căi de atac.

În egală măsură, în ceea ce privește motivele de excludere (i), (ii) şi (iii) - ofertantul nu a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu, deoarece un prejudiciu este înlăturat, a priori, de autoritatea de lucru judecat, dată de decizia CNSC nr. ..../...../..... din data de 20.03....., în privința obligației pentru entitatea contractantă de a obține (direct sau prin mijlocirea ofertantului) confirmarea beneficiarului final că ofertantul a avut calitatea de subcontractor, respectiv că, în temeiul dispozițiilor legale aplicabile, orice informație falsă duce la respingerea ofertei care o conține, conform art. 180 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 99/2016

Prin adresa nr. 460/20.04....., înregistrată la CNSC sub nr. 16561 din 24.04....., SC ..... SRL a emis un răspuns la punctul de vedere al entității contractante, solicitând respingerea excepțiilor invocate de aceasta. De asemenea, contestatoarea confirmă că nu a atacat motivele de excludere bazate pe lipsa de concludență a informațiilor privind implicarea sa în contractul ”Lucrări la sursele de apă ale Municipiului Târgoviște”.

Analizând susținerile părților și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

SC ..... a organizat procedura, licitație deschisă, în vederea atribuirii unui contract de lucrări (proiectare și execuție) având ca obiect „.....”, inițiată cu anunț de participare (sectoriale) nr. ....., publicat în SEAP la .....

Având în vedere domeniul de activitate al achizitorului și destinația achiziției, Consiliul constată că regulile de derulare a procedurii de

atribuire a contractului sunt cuprinse în Legea nr. 99/2016 și în normele de aplicare aferente legii.

Împotriva deciziei entității contractante de a-i respinge oferta, ca neadecvată și inacceptabilă (măsură consemnată în raportul procedurii nr. 26708/22.03....., publicat în SEAP la aceeași dată), SC ..... SRL a înaintat Consiliului contestația de față (după ce a îndeplinit și procedura de notificare prealabilă stabilită la art. 6 din Legea nr. 101/2016), solicitând ”anularea parțială a raportului procedurii nr. 26708 din 22.03..... în ceea ce privește considerentele respingerii ofertei noastre ca neadecvată și respectiv, inacceptabilă”, dar și ”anularea Răspunsului nr. 31160/..... la procedura prealabilă formulată de subscrisa”.

Preliminar, Consiliul are în vedere că, anterior acestui moment, SC ..... SRL a formulat și contestația nr. 197/23.02....., prin care ataca solicitarea de clarificare a ofertei sale, acțiune ce a fost respinsă, ca nefondată (Decizia CNSC nr. ..../...../..... din 20.03.....).

Având în vedere că, în contradictoriu cu contestatoarea, entitatea contractantă a invocat excepția lipsei calității de reprezentant şi anularea contestației ca formulată de o persoană ce nu a dovedit calitatea de reprezentant și excepția lipsei de interes, Consiliul face analiza lor cu întâietatea impusă la art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

În privința cererii entității contractante de constatare a lipsei calității de reprezentant al contestatoarei, a persoanei care a înaintat exemplarul contestației ce-i era destinat, aspect ce ar conduce la anularea contestației, Consiliul constată netemeinicia ei.

Contestația transmisă CNSC este însoțită de împuternicirea avocațială nr. IS/30.015.391/..... a Cabinetului de avocat ..... De asemenea, contestația este semnată și ștampilată de acest avocat. Prin aceasta, se constată că sunt respectate regulile specifice, enunțate în Legea nr. 101/2016, privind elementele contestației (art. 10 literele a și h), coroborate cu cele privind reprezentarea părților (art. 21 alin. (2): ”Părţile pot fi reprezentate de avocaţi…”).

În același timp, având în vedere că Legea nr. 101/2016 nu conține o precizare distinctă că dovada reprezentării trebuie comunicată și părții adverse (autorității contractante, în acest caz), pentru validarea oricărui demers juridic opozabil, Consiliul consideră că analiza existenței acestei calități aparține doar organismului administrativ-jurisdicțional (fie din oficiu, fie la cerere). Or, în cauză, se constată existența dovezii de reprezentare convențională a contestatoarei, ceea ce relevă lipsa de temeinicie a excepției, motiv pentru care o va respinge.

Privind excepția lipsei de interes a contestației, în raport cu obiectul explicit al cauzei, Consiliul constată temeinicia în parte a excepției.

Consiliul are în vedere că autoarea contestației atacă atât decizia de respingere a ofertei sale, cuprinsă în raportul procedurii de atribuire, cât și răspunsul la notificarea prealabilă contestației, acte emise de entitatea contractantă.

În raport cu decizia de respingere a ofertei contestatoarei, primul capăt de cerere al contestației privește anularea în parte a raportului

procedurii nr. 26708 din 22.03..... (”considerentele respingerii ofertei noastre ca neadecvată și respectiv, inacceptabilă”).

Cu toate acestea, contestatoarea nu atacă toate motivele pentru care entitatea contractantă a decis respingerea ofertei sale. Consiliul reține, pe de o parte, că autoarea contestației confirmă (prin răspunsul său la punctul de vedere al autorității contractante) că nu a atacat, nici prin notificarea prealabilă și nici prin contestație, motivele de fapt și de drept legate de lipsa de concludență a informațiilor de clarificare a nivelului și calității în care s-a implicat în executarea contractului ”Lucrări la sursele de apă ale Municipiului Târgoviște”, prezentat drept experiență similară.

Pe de altă parte, din analiza conținutului notificării prealabile și cel al contestației, Consiliul constată că, într-adevăr, nu sunt aduse critici, argumente și probe care să combată motivele de fapt amintite, adică nu sunt atacate concluziile privind lipsa de concludență a informațiilor de clarificare (din adresa nr. 9/14.02.....), imposibilitatea acceptării de documente noi, față de cele indicate explicit în ofertă (prin înlocuirea contractului prezentat drept experiență similară), infirmarea informațiilor din oferta inițială, de către beneficiarul lucrărilor pretins a fi relevante sub aspectul experienței similare.

În consecință, Consiliul consideră că entitatea contractantă a fost îndreptățită să respingă oferta, raportat la aceste motive de fapt, situație care se încadrează în dispozițiile art. 140 alin. (4) din Norma de aplicare a Legii nr. 99/2016: *În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant, în condiţiile art. 221 din Lege, clarificări şi, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, iar candidatul/ofertantul nu transmite [...] sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.*

De altfel, odată cu constatarea inacceptabilității ofertei, entitatea contractantă avea obligația excluderii ei din procedură, conform art. 143 alin. (1) din amintita Normă: *Comisia de evaluare are obligaţia de a respinge ofertele inacceptabile şi neconforme*.

Drept care, Consiliul consideră că solicitarea de anulare în parte a raportului procedurii, privitor la acest ..... al evaluării ofertei contestatoarei este lipsită de interes, inclusiv în cazul în care s-ar constata netemeinicia celorlalte motive de respingere a ei, ce au fost atacate prin prezenta contestație.

Întrucât nu ar putea fi cenzurate din oficiu motivele de respingere neatacate, acestea rămân definitive și suficiente pentru respingerea ofertei, ca inacceptabilă (finalitate ce nu ar putea fi răsturnată, prin eventuala admitere a criticilor din contestație).

Astfel, Consiliul va respinge primul capăt de cerere al contestației, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, ca lipsit de interes.

Cât privește cel de-al doilea capăt de cerere al contestatoarei, adică solicitarea de anulare a răspunsului la notificarea prealabilă (adresa nr.

31160/.....), Consiliul are în vedere că autoarea criticilor invocă nulitatea lui, pentru pretinsa nemotivare în fapt și în drept.

Văzând conținutul acestei adrese, Consiliul constată că ea cuprinde informația, explicită: ”..... nu intenționează să adopte măsuri de remediere”, pe lângă trimiterile la notificarea prealabilă a contestatoarei. Astfel, entitatea contractantă a respectat fidel dispozițiile articolului 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016: În termen de 3 zile, calculat începând cu ziua următoare primirii notificării prealabile, autoritatea contractantă transmite un răspuns prin care comunică dacă urmează sau nu să adopte măsuri de remediere a pretinsei încălcări.

Contestatoarea a primit un răspuns lipsit de orice echivoc, în sensul amintitelor prevederi legale, în legătură cu propria notificare prealabilă, ceea ce demonstrează că actul cuprinde o motivare în fapt și în drept adecvată unei informări complete asupra deciziei (cuprinse de actul atacat).

Prin urmare, Consiliul consideră nefondată susținerea absenței motivării în fapt și/sau în drept a răspunsului la notificarea prealabilă.

În lipsa altor cereri sau motive de atac împotriva răspunsului la notificarea prealabilă (independente de cele formulate împotriva deciziei de respingere a ofertei), Consiliul constată netemeinicia solicitării de anulare a amintitei adrese, ce confirmă soluția respingerii ofertei (a cărei temeinicie a fost analizată în precedent).

Prin urmare, Consiliul va respinge, ca nefondat, capătul de cerere privind anularea adresei nr. 31160/....., în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

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

**CONSILIUL DECIDE:**

Respinge excepția lipsei calității de reprezentant al contestatoarei, invocată de entitatea contractantă.

Respinge contestația formulată de SC ..... SRL, în contradictoriu cu SC ....., împotriva rezultatului procedurii inițiate cu anunț de participare (sectoriale) nr. ..... din ....., în partea privind anularea parțială a raportului procedurii, ca lipsită de interes, și în partea privind anularea răspunsului la notificarea prealabilă, ca nefondată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 28 alin. (1) și art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

**PREŞEDINTE,** **MEMBRU,** **MEMBRU,**

**....** **....** **....**

....