



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

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

DECIZIE

Nr. ...

I. Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..., formulată de ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului... și având cod unic de înregistrare ..., reprezentată convențional prin avocat ... se vor comunica toate actele procedurale, împotriva comunicării nr. .../04.03.2021 și a raportului procedurii nr..../04.03.2021, emise de ..., cu sediul în ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „...”, s-au solicitat:

- anularea înscrisurilor susmenționate, prin care oferta depusă de către ... a fost respinsă, ca inacceptabilă și neconformă, precum și a oricăror acte interne anterioare și/sau subsecvente și conexe acestora;
- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire cu respectarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, cu consecința stabilirii acceptabilității și conformității ofertei depusă de ...;
- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea demersului judiciar.

II. Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub nr. .../16.03.2021, formulată de ..., cu sediul în ..., împotriva rezultatului procedurii de atribuire comunicat cu adresa nr. .../04.03.2021, de către ..., în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, s-a solicitat anularea comunicării susmenționate, a raportului procedurii nr..../04.03.2021 și a actelor

subsecvente acestuia, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei și continuarea procedurii de atribuire de la etapa anterioară emiterii rezoluției conducătorului autorității contractante, iar, în subsidiar, în măsura în care se constată că autoritatea contractantă nu a respectat dispozițiile art. 171 din Legea nr. 98/2016, solicită analizarea faptului că dovezile prezentate de ... prin îndeplinirea condițiilor de „condițional non-debarrement” adică „NON-EXCLUDERE CONDIȚIONATĂ”, sunt suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității societății și reluarea procedurii de atribuire din stadiul la care era în momentul excluderii ofertei depusă de

Contestațiile vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art.17 din Legea nr.101/2016 și 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:

I. Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub numărul ..., ... (denumită în continuare ...) critică adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. .../04.03.2021 și raportul procedurii nr..../04.03.2021, emise de ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de mai sus, solicitând cele arătate în partea introductivă.

În motivarea contestației, ... prezintă un scurt istoric al procedurii, de interes fiind informațiile conform cărora, urmare a răspunsului la solicitarea de clarificări nr..../23.04.2020, transmis cu adresa nr..../28.04.2020, oferta sa a fost respinsă, ca inacceptabilă și neconformă.

Contestatorul arată că măsura de respingere a ofertei sale nu este legală și temeinică, deoarece:

a) oferta respectă cerințele impuse prin documentație de atribuire, autoritatea contractantă având la dispoziție, anterior respingerii ofertei, toate datele și informațiile necesare pentru a constata că programul de proiectare propus respectă cerințele beneficiarului atât în raport de termenul total aferent activităților de proiectare (16 luni), cât și în raport de termenul necesar pentru activitățile privind PAC (8 luni).

Toate informațiile minim impuse prin documentația de atribuire, inclusiv profilele transversale aferente Intersecțiilor denivelate se regăseau în cadrul propunerii tehnice a asocierii, fiind identificate în mod expres paginile din propunerea tehnică în cadrul cărora puteau fi consultate.

b) răspunsurile sunt edificatoare față de solicitările de clarificări, fiind furnizate toate datele și informațiile necesare pentru a identifica atât faptul că programul de proiectare propus respectă cerințele beneficiarului și cerințele impuse prin Formularul 4, cât și pentru a identifica profilele transversale ale intersecțiilor denivelate.

Față de motivele concrete pentru care s-a dispus măsura respingerii ofertei, după cum se arată, autoritatea contractantă nu a solicitat vreo clarificare, fiind încălcat astfel principiul proporționalității

măsurii dispuse, asocierea neavând posibilitatea de a arăta modalitatea în care a înțeles să respecte cerințele impuse, clarificările vizând aspecte diferite de motivele pentru care oferta a fost respinsă.

Contestatorul învederează că a răspuns concludent clarificărilor adresate, fiind furnizate informațiile edificatoare față de aspectele solicitate, autoritatea contractantă neacordându-i posibilitatea de a justifica, deplin și util, modalitatea în care respectă cerințele documentației de atribuire, printr-o solicitare de clarificări clară.

Oferta sa a fost respinsă deoarece autoritatea contractantă a considerat greșit, în opinia contestatorului, că răspunsurile oferite nu ar fi fost concludente, raționamentul prezentat pentru respingerea ofertei fiind netemeinic și nelegal, din următoarele considerente:

1. Concludența unui răspuns la solicitările de clarificare se analizează în raport de solicitarea efectiv adresată și vizează furnizarea unor informații complete și corecte de natură a stabili starea de fapt relevantă din punct de vedere al documentației de atribuire. Practic, relevante pentru analiza (ne)concludenței răspunsurilor sunt tocmai solicitările de clarificare pe care autoritatea contractantă are obligația de a le formula clar, concis și de natură a acorda posibilitatea ofertanților de a justifica, în mod complet, aspectele sesizate, regulă confirmată și în jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene.

Autoritatea contractantă trebuie să verifice, practic, susține contestatorul, dacă răspunsul punctual dat de către ofertant este pe măsura solicitării adresate și, în același timp, în limitele exigențelor de legalitate și temeinicie pentru a fi considerat, până la proba contrarie, suficient și credibil.

2. Răspunsurile la solicitările de clarificări au fost pe măsura întrebărilor adresate și au respectat exigențele impuse de practica judiciară deoarece s-au referit strict la chestiunile necesar a fi lămurite potrivit solicitării comisiei de evaluare, fiind concludente în raport de aspectele concrete menționate de către autoritatea contractantă și, totodată, pe deplin clarificatoare în privința aspectelor supuse analizei. Contestatorul precizează că răspunsurile la solicitările de clarificări nu puteau viza alte aspecte pe care, de fapt, autoritatea contractantă și-ar fi dorit să le clarifice întrucât societatea sa nu poate și nu trebuie să anticipeze ce este de interes pentru comisia de evaluare.

3. O posibilă nelămurire este datorată exclusiv culpei autorității contractante care nu a reușit să solicite aspectele concrete pe care le dorea clarificate, ci a considerat utilă doar identificarea unor documente în cadrul propunerii tehnice. Contestatorul precizează că s-a limitat la solicitările de clarificări, fără a oferi explicații suplimentare, nesolicitate.

4. Constatând preținsele neconcordanțe, contestatorul apreciază că autoritatea contractantă putea și trebuia să solicite clarificarea acestor aspecte în aplicarea corectă a principiului proporționalității. Primirea unui răspuns suficient în raport de solicitările de clarificare adresate, însă insuficient față de nevoile autorității contractante de a înțelege

modalitatea de ofertare, ar fi trebuit să conducă, în opinia contestatorului, la formularea unor noi solicitări de clarificare care să vizeze aspectele necesar a fi lămurite, iar nu la respingerea ofertei, în mod automat, cu încălcarea principiului proporționalității măsurii dispuse.

Astfel, în opinia contestatorului, nimic nu împiedica autoritatea contractantă să revină cu o solicitare de clarificare prin care să ceară toate informațiile și datele de care avea nevoie, astfel încât să cunoască aspectele pe care le dorea a fi lămurite, fără a exista îndoieli sau neclarități, practic, nelămurirea autorității contractante nu poate avea drept consecință sancționarea sa cu respingerea ofertei, ci strict clarificarea îndoielilor care persistă, astfel încât caracterul acceptabil al ofertei să fie determinat ulterior primirii explicațiilor relevante.

5. Oricum, prin actele atacate, autoritatea contractantă nici măcar nu a arătat motivele care au condus la constatarea pretensei neconcludențe, ci s-a limitat la a prelua aspectele redată în solicitările de clarificări și răspunsurile aferente, ori în opinia contestatorului, pretinsa neconcludență nu se poate demonstra atât timp cât societatea sa a răspuns clar la toate solicitările de clarificări, astfel cum a demonstrat anterior, autoritatea contractantă reținutând pretinsa neconcludență a răspunsurilor în raport cu întrebări care nu au fost niciodată adresate în mod explicit.

Contestatorul prezintă, în continuare, argumentele de nelegalitate și netemeinicia a măsurii de respingere dispusă în raport de fiecare dintre pretensele motive de neconformitate reținute prin actele atacate, respectiv:

1. Oferta Asocierii respectă termenul maxim impus pentru programul de proiectare (16 luni), iar documentația tehnică (Proiectul) pentru autorizarea execuției lucrărilor de construire (PAC) urmează a fi aprobată în termenul de 8 luni stabilit prin documentația de atribuire.

Precizează că nicio mențiune expresă a documentației de atribuire nu obligă ofertantul să includă în programul de proiectare activitatea de aprobare a PAC în termen de 8 luni de la data de începere (cu mențiune distinctă, expresă). Singura obligație stabilită în sarcina antreprenorului privind aprobarea PAC viza predarea documentației aferente la Supervisor, activitățile subsecvente necesare aprobării nefiind în responsabilitatea sa expresă. Termenul de 8 luni se deduce, prin interpretare, strict din calcularea termenelor necesare pentru aprobarea acestuia, însă, acestea sunt demersuri de verificare și aprobare ce urmează a fi realizate de alte entități, devenind așadar independente de antreprenor și care nu se află în controlul acestuia (verificarea proiectului de către verficatorii de proiect atestați, aprobarea PAC de către supervisor, aprobarea PAC de către beneficiar).

Din documentația de ofertă, arată contestatorul, rezultă în mod indubitabil asumarea programului de lucrări în termenul de 16 luni, cât și respectarea termenelor impuse în sarcina antreprenorului pentru

aprobarea PAC, în graficul Gantt fiind prezentate repere clare și indubitabile ale activităților de proiectare.

2. Asocierea a indicat toate informațiile minim solicitate, inclusiv numărul de zile aferente activităților, numărul resurselor umane, tehnice și productivitatea acestora.

Contestatorul susține că argumentarea acestui motiv de respingere este ambiguă și necorespunzătoare, răspunsul asocierii a fost edificator față de solicitarea de clarificări adresată, dar și că autoritatea contractantă a dispus respingerea ofertei fără a se baza pe motive temeinice și probe concludente, ci doar pe aspecte/supoziții proprii care probează lipsa de diligență cu care oferta asocierii a fost evaluată, deși toate informațiile relevante erau conținute de aceasta.

3. Profilele transversale ale intersecțiilor denivelate se regăsesc în propunerea tehnică a asocierii, fiind indicate autorității contractante prin răspunsul la solicitarea de clarificări.

În susținere, contestatorul arată că asocierea a identificat corect profilele transversale aferente intersecțiilor denivelate în conținutul răspunsului la solicitarea de clarificare, iar în ceea ce privește pretinsa indicare a unor acte normative anulate, contestatorul arată că pretextul de respingere este profund nemotivat deoarece nu a fost transmisă nicio informare clară, corectă în acest sens, astfel că nu poate formula apărări complete deoarece nu cunoaște actele vizate de critica autorității contractante.

Ca temei de drept, se invocă prevederile art.8, raportat la art.2 din Legea nr.101/2016.

În probațiune, au fost depuse, în copie, înscrisuri.

Prin corespondența nr.23022/22.03.2021, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.14309/22.03.2021, ... a transmis documentele dosarului achiziției publice precum și punctul de vedere nr...., înregistrat la C.N.S.C. sub nr...., prin care a solicitat respingerea contestației formulată de ..., ca neîntemeiată și nefondată.

În cuprinsul punctului de vedere, autoritatea contractantă răspunde punctual criticilor formulate de ..., precizând următoarele:

1. Referitor la susținerea contestatorului privind respectarea termenului maxim impus pentru programul de proiectare (16 luni), comisia de evaluare nu a identificat în cadrul propunerii tehnice Programul de proiectare așa cum este definit potrivit cerințelor beneficiarului pagina 60.

Astfel, în vederea clarificării acestui aspect, respectiv realizarea activității de proiectare, în termenul stabilit de 16 luni, comisia de evaluare a analizat graficul de execuție pus la dispoziție de ofertant, ocazie cu care a constatat anumite neconcordanțe.

Se arată că, din analiza informațiilor transmise de asocierea contestatoare, rezultă că ofertantul va preda Supervizorului documentația solicitată în 5 luni de la data de începere și va finaliza această documentație în 16 luni, fapt pentru care în vederea clarificării acestor neconcordanțe, comisia de evaluare a solicitat ofertantului să

indice localizarea în cadrul Propunerii Tehnice depuse, a Programului de proiectare asumat conform cerințelor beneficiarului.

Ca răspuns, se arată că ofertantul a făcut trimiteri la diferite convolute din cadrul propunerii tehnice depuse, în cadrul cărora sunt descrise la modul general activitățile privind elaborarea documentațiilor tehnice fără a fi prezentate, în mod clar, termenele de realizare/ îndeplinire a programului de proiectare, așa cum au fost definite în cadrul cerințelor beneficiarului.

În concluzie, autoritatea contractantă susține că, în referințele asocierii contestatoare nu au putut fi identificate date care să demonstreze însușirea programului de proiectare așa cum a fost definit în cerințele beneficiarului, cu încadrarea în termenul maxim de 16 luni.

Contrar susținerilor contestatorului, autoritatea contractantă precizează că procesul de verificare și aprobare a documentațiilor tehnice nu este independent de antreprenor având în vedere că verificatorii/entitățile avizatoare pot identifica erori de calcul/erori de proiectare sau la rândul lui antreprenorul poate propune soluții de optimizare a proiectului care trebuie aprobate de supervisor și Beneficiar.

Astfel, din analiza răspunsului la solicitarea de clarificări și a trimiterilor la diferite convolute din cadrul propunerii tehnice, comisia de evaluare nu a identificat date care să demonstreze faptul că asocierea a înțeles modul de îndeplinire a programului de proiectare așa cum a fost definit în cerințele beneficiarului, motiv pentru care a apreciat neconcludent răspunsul contestatorului.

2. Referitor la susținerea contestatorului privind prezentarea Graficului Gantt, se arată că ... a retransmis graficul indicând unde se regăsesc cele 10 subpuncte menționate în cadrul Formularului 4, fără să țină cont de precizările suplimentare din același formular, respectiv: "Durata activităților de proiectare și execuție va fi exprimată în zile (nivelul de detaliu - 30 de zile calendaristice), luând în considerare natura activităților/lucrărilor, dimensiunea frontului de lucru, numărul resurselor umane și tehnice, productivitatea resurselor, etc."

Astfel, se arată că durata activităților de proiectare este "0 zile" nefiind precizate numărul resurselor umane și tehnice, precum și productivitatea resurselor.

De asemenea, autoritatea contractantă învederează că ... nu a prezentat informații referitoare la momentele din procesul tehnologic de execuție a lucrărilor, la utilizarea acestor echipamente și nu a justificat propunerea sa ținând seama de puterea și capacitatea echipamentelor necesare pentru execuția corespunzătoare a lucrărilor, așa cum s-a solicitat prin Formularul 4 VI. Echipamente/instalatii/utilaje, prin comparație cu celelalte oferte declarate admisibile care au furnizat aceste informații.

Având în vedere cele prezentate, comisia de evaluare a considerat, după cum se susține, că răspunsul asocierii contestatoare este neconcludent.

3. Cu privire la afirmația contestatorului de la punctul 3 din contestație, se arată că ... nu a identificat în cadrul propunerii tehnice depuse, schița de proiect, profilele transversale tip bretele aferente nodurilor rutiere și profilele transversale aferente intersecțiilor denivelate, în conformitate cu solicitările din cadrul Formularului 4, propunerea tehnică, III. Schița de proiect și Capitolul II din cerințele beneficiarului, deși comisia de evaluare a solicitat ofertantului să localizeze în cadrul Schiței de Proiect aceste aspecte.

Cu toate că ofertanții aveau obligația de a prezenta planșe aferente traseului în plan, tunelului, nodurilor rutiere, intersecțiilor denivelate, se arată că, prin răspunsul său, contestatorul a făcut multiple trimiteri la documentația prezentată, partea scrisă, mai exact la preluări identice din documentația de atribuire publicată, fără a face trimitere la partea desenată (lipsă) din cadrul ofertei, respectiv la planșele cu profilele transversale aferente intersecțiilor denivelate.

Autoritatea contractantă precizează că trimiterile asocierii contestatoare nu sunt suficiente pentru a fi luate în considerare în vederea îndeplinirii cerinței minime privind Schița de Proiect, în comparație cu celelalte oferte declarate admisibile, în care au fost regăsite toate planșele solicitate în schița de proiect, motiv pentru care comisia de evaluare a considerat răspunsul neconcludent.

Referitor la susținerea unei pretense indicări a unor acte normative anulate, autoritatea contractantă apreciază că existența normativelor anulate în cadrul propunerii tehnice, pune la îndoială modalitatea ofertantului de a asigura calitatea lucrărilor pe întreaga perioadă de garanție ofertată de 120 luni, ofertarea unei garanții extinse a lucrărilor fiind doar la nivel declarative, în vederea obținerii unui punctaj mare pentru acest factor de evaluare.

Având în vedere răspunsurile asocierii contestatoare precum și Nota 6 din Instrucțiuni către ofertanți, Cap. IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice, autoritatea contractantă precizează că oferta depusă de ... a fost declarată neconformă, în conformitate cu art.137 alin.3 lit.a, art.133 alin.2 din H.G. nr.395/2016 și art.134 alin.5 din H.G. nr.395/2016 și, pe cale de consecință, a fost respinsă în temeiul art.137 alin.1 din același act normativ.

În drept, se invocă dispozițiile Legii nr. 98/2016, H.G. nr. 395/2016, Legii nr. 101/2016.

Ca mijloace de probă, au fost depuse, în copie, documentele emise ulterior deciziei C.N.S.C. nr....și propunerea tehnică depusă de

II. Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub nr. .../16.03.2021, ... critică rezultatul procedurii de atribuire comunicat cu adresa nr. .../04.03.2021, de către ..., în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, solicitând cele arătate în partea introductivă.

În motivarea contestației, ... prezintă un istoric al desfășurării procedurii de atribuire precizând că, ulterior clasării ofertei sale pe

primul loc și transmiterii documentelor suport DUAЕ a primit din partea autorității contractante adresa de clarificări nr..../10.08.2020, prin care se revenea asupra evaluării tehnice.

Considerând nelegală solicitarea menționată, arată contestatorul că, împotriva acesteia, a înaintat contestația soluționată de C.N.S.C. prin decizia nr....din 19.10.2020, menținută prin Hotărârea civilă nr..../19.10.2020, pronunțată de Curtea de Apel București.

Susține că, deși a fost obligată de C.N.S.C. să continue procedura „în termen de 15 zile de la primire prezentei, societatea sa a primit din partea autorității contractante, la data de 06.01.2021, o solicitare de clarificări legată de sancționarea societății sale de către ..., iar ulterior răspunsului formulat, prin adresa nr.92/.../04.03.2021, a fost încunoscîntat cu privire la respingerea ofertei sale.

Din raportul procedurii de atribuire nr..../04.03.2021, după cum arată contestatorul, rezultă că oferta sa a fost desemnată câștigătoare, cu votul a 4 membrii din cei 5 care compun comisia de evaluare.

Susține că la data de 20.11.2020 raportul procedurii a fost înaintat spre aprobare conducătorului autorității contractante, dată la care un membru al comisiei de evaluare a formulat o opinie separată, în considerarea căreia raportul procedurii a fost returnat comisiei de evaluare, cu încălcarea art.127 alin.3 din H.G. nr.395/2016, deoarece a fost returnat a doua oară.

Returnarea raportului procedurii este vădit nelegală, în opinia contestatorului, în condițiile în care avizul conform condiționat care a stat la baza emiterii solicitării de clarificări nr.../10.08.2020 a fost definitiv înlăturat prin Hotărârea nr..../2020 a Curții de Apel București. Invocă și Decizia nr.66/1018 a Înaltei Curți de Casație și Justiție, precizând că, așa cum rezultă din procesul-verbal intermediar nr.20 înregistrat sub nr.../10.08.2020, comisia de evaluare a solicitat ...să clarifice situația, ceea ce instituția arătat a făcut.

În continuare, coteștatorul prezintă argumente de netemeinicie a deciziei de respingere a ofertei sale, susținând, față de motivul de excludere întemeiat pe dispozițiile art.167 alin.1 lit.c din Legea nr.98/2016, că societatea sa nu a fost sancționată, nu a participat la proiectul care a atras sancțiunea, fiind doar afiliată celor 3 firme sancționate, că acestea nu se fac vinovate de comiterea unei abateri profesionale grave în sensul articolului menționat.

Invocă considerentul 101 paragrafele 2 și 3 din Directiva 24/2014 privind achizițiile publice și cauza CJUE C465/11 și, totodată, precizează că Hotărârea nr..../2020 la care face trimitere autoritatea contractantă a fost pronunțată în cadrul altei proceduri.

Nelegală apreciază contestatorul că este și încadrarea sa în cazul de excludere prevăzut la art.167 alin.1 lit.h din Legea nr.98/2016, deoarece, în condițiile în care nu a comis o abatere profesională gravă nu i se poate imputa că a completat DUAЕ necorespunzător.

Ca temei de drept, invocă prevederile Legii nr.101/2016, Legea nr.98/2016 și H.G. nr.395/2016.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Prin adresa înregistrată la C.N.S.C. sub nr.13583/19.03.2021, ...a solicitat, în temeiul art.19 din Legea nr.101/2016, accesul la dosarul cauzei.

Prin punctul de vedere nr.23572/23.03.2020, înregistrat la C.N.S.C. sub nr.14807/24.03.2021, ...a solicitat respingerea contestației formulată de ..., ca neîntemeiată și nefondată.

În cuprinsul punctului de vedere, autoritatea contractantă răspunde punctual criticilor formulate de contestator precizând următoarele:

Astfel, în ceea ce privește critica privind nerespectarea termenului de 15 zile, autoritatea contractantă prezintă un istoric al desfășurării procedurii de atribuire arătând că în urma Hotărârii civile nr..../2020 din 19 octombrie 2020, emisă de Curtea de Apel București, înregistrată la CNAIR S.A. sub .../ din 05.11.2020, membrii comisiei de evaluare au desemnat câștigătoare, în data de 20.11.2020, oferta depusă de ..., cu un punctaj de 100 puncte și un pret al ofertei în cuantum de 1.542.122.835,90 lei fără TVA, după aplicarea criteriului de atribuire și verificarea documentelor suport aferente probării informațiilor prezentate în DUAE.

Prin urmare, comisia de evaluare a respectat decizia C.N.S.C. și implicit termenul de 15 zile de transmitere a raportului procedurii conducătorului autorității contractante.

Contrar susținerilor contestatorului, conducătorul autorității contractante a returnat raportul procedurii de atribuire spre corectare și reevaluare parțială, o singură dată și nu de două ori, având în vedere că, la data transmiterii raportului, avizul condiționat emis de ANAP era în vigoare, nefiind înlăturat definitiv prin hotărârea civilă, întrucât prin decizia CNSC a fost anulată doar solicitarea de clarificări adresată ofertantului

Având în vedere rezoluția conducătorului autorității contractante, comisia de evaluare a considerat oportună, după cum se arată, cooptarea, prin intermediul ..., a unor experți specializați în domeniul achizițiilor publice pentru a clarifica aspectele referitoare la avizul condiționat emis de ANAP și sancțiunea aplicată ofertantului de

Astfel, se precizează că experții ... au emis un Raport de specialitate, în data de 22.12.2020, urmare a rezoluției conducătorului autorității contractante, în care este menționat faptul că pot fi formulate solicitări de clarificări către ofertant în vederea soluționării sancțiunii aplicate de

În acest sens, se arată că s-a solicitat ofertantului, ..., clasat pe primul loc, să clarifice situația referitoare la sancțiunile aplicate de ..., solicitare la care ofertantul a răspuns în termen.

Urmare analizării răspunsului la solicitarea de clarificări nr. 24/112/06.01.2021, comisia de evaluare a considerat necesară solicitarea unui punct de vedere de la ANAP referitor la încadrarea în prevederile Legii nr. 98/2016 a sancțiunii aplicate companiei ..., de

către ... precum și celor 730 de filiale ale sale, inclusiv ofertantului, în calitate de entitate subordonată companiei, sancțiune aplicată din cauza unei conduite necorespunzătoare/comportament incorect și practici frauduloase în timpul procesului de achiziții pentru „...” în ..., solicitare la care ANAP a răspuns prin adresa nr. 710/22.01.2021.

Având în vedere constatările comisiei de evaluare cu privire la existența unor sancțiuni impuse ofertantului de către ..., în data de 05.06.2019, precum și lipsa mențiunilor legate de aceasta în cadrul DUAE (ofertantul declarând că NU se încadrează în motivele de excludere prevăzute la art. 167 din Legea 98/2016 și nu a făcut nicio precizare legată de sancțiunile ..., sancțiuni cunoscute la momentul depunerii ofertei, 29.08.2019), coroborat cu răspunsul ANAP, comisia de evaluare a considerat, după cum se susține, ca răspunsul contestatorului la solicitarea de clarificări este neconcludent.

De altfel, se apreciază că toate susținerile contestatorului privitoare la *„imposibilitatea analizării motivelor de excludere după finalizarea etapei de verificare DUAE”* sunt în contradicție cu prevederile art. 169 din Legea nr.98/2016.

Considerațiile contestatorului cu privire la îndeplinirea, în mod corespunzător, de către comisia de evaluare, a obligației de verificare a motivului de excludere printr-o simplă solicitare ...sunt, în opinia autorității contractante, de natură a clarifica atitudinea acestuia cu privire la procedura în curs sub aspectul derogării unor drepturi ce nu aparțin în nicio situație ofertantului având în vedere că dreptul și modul de a analiza și de a decide existența unui motiv de excludere, aparțin numai autorității contractante.

În ceea ce privește apărările formulate de contestator cu privire la motivele de excludere din procedură, autoritatea contractantă precizează că își menține punctul de vedere formulat în cadrul raportului procedurii de atribuire, arătând, în plus, față de susținerile contestatorului, că, potrivit prevederilor art.54 alin.4 lit.c din Directiva 24/2014, operatorul economic este exclus din procedură dacă se face vinovat de o abatere profesională gravă, iar decizia de excludere a ofertei a avut la bază hotărârea civilă definitivă nr. .../2020 (paginile 62-64), în cuprinsul căreia Curtea de Apel București a reținut că „ofertantul ...a fost sancționat pentru practici financiare incorecte, fiind inclus pe lista de excluderi a ..., în cursul anului 2019, ofertantul ...a fost sancționat prin aplicarea măsurii interzicerii temporare de a mai participa în proiectele finanțate de către ...” precum și că „Ofertantul ...se face vinovat de săvârșirea culpabilă a unor abateri profesionale constând în exercitarea unor practici financiare incorecte în cadrul procedurilor de achiziție vizând proiectul “...” în ...”, fapt ce a condus la includerea sa temporară pe lista de excluderi a ...”, fapte care se înscriu „ în sfera noțiunii de “abatere profesională gravă” în sensul art.167 alin.3 din Legea nr. 98/2016, deoarece produc un impact semnificativ asupra integrității și reputației profesionale a operatorului economic, inclusiv prin prisma faptului că vizează aspecte

financiare ale procedurii de achiziție în legătură cu care au fost constatate."

Totodată, autoritatea contractantă învederează faptul că, în cadrul Hotărârii Civile nr. .../2020 din 18.11.2020 a Curții de Apel București, nu poate fi vorba despre o eroare materială, născută din confuzia de denumire a companiilor implicate în proiectul din ..., finanțat de ... și denumirea contestatorului, deoarece potrivit informațiilor publice, ...este sucursală a

În sensul celor prezentate, autoritatea contractantă arată că împreună cu alte 2 companii, ..., ... și ... (...) ... au fost sancționate de către ..., conform instrucțiunilor privind achiziția de bunuri, lucrări și servicii, altele decât cele de constultanta, capitolul Frauda și corupție, litera (a), punctul (ii) „practici frauduloase” care sunt considerate ca fiind „orice act sau omisiune, incluzând o denaturare, care în mod conștient sau într-un mod imprudent induc în eroare, sau încearcă să inducă în eroare, una dintre părți (cu referire la o autoritate publică) în vederea obținerii unui beneficiu financiar sau de alta natură sau să evite o obligație”.

Față de cele prezentate, autoritatea contractantă învederează că, deși contestatorul era în culpă la momentul depunerii ofertei, 29.08.2019, fiind sancționată cu excludere/interzicerea de participare din motive de „fraudă si corupție”, de către ..., fapt cunoscut de către aceasta, a furnizat declarații false, în cadrul DUAE, omițând intenționat să declare că a fost sancționat de către

Din perspectiva dispozițiilor art.171 alin.5 lit.b din Legea nr.98/2016, autoritatea contractantă apreciază că sunt întrunite condițiile de excludere având în vedere faptul că ofertantul ... a comis fapte constituind nereguli în materia achizițiilor publice astfel cum s-a constatat prin decizia ...aplicate în anul 2019, situație de natură a atrage prin ea însăși incidența excluderii în cei trei ani ulterior comiterii abaterii profesionale grave astfel confirmate.

Învederează că termenul de trei ani prevăzut de dispozițiile art. 171 alin.5 lit.b din Legea nr.98/2016 nu este împlinit, în prezent, având în vedere că, Decizia ...a fost emisă în anul 2019, iar prin Decizia CJUE din 24 octombrie 2018, pronunțată în Cauza C-124/17, s-a reținut că, durata maximă de excludere (3 ani) se calculează de la data deciziei prin care s-a dispus sancționarea comiterii abaterilor profesionale grave.

În opinia autorității contractante, ofertantul ... se află, în prezent, în intervalul de trei ani ulterior săvârșirii abaterilor profesionale grave și constatate definitiv potrivit art.167 alin.3 din Legea nr.98/2016, de către ..., în anul 2019, situație recunoscută de către societățile sancționate.

În raport de perioada comiterii abaterilor profesionale grave, cât și în raport de data constatarii acestora prin hotărâre judecătorească definitivă/tranzacție, autoritatea contractantă apreciază că momentul soluționării prezentei cereri se află în interiorul perioadei reglementate

de art.171 alin.5 lit.b pentru incidența obligatorie a cazurilor de excludere timp de trei ani.

Contrar apărărilor formulate de ofertantul ..., Curtea de Apel București a reținut, după cum se arată, că acesta a furnizat declarații false în DUAE, astfel că se face vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise în scopul verificării absenței motivelor de excludere, fiind, așadar incident motivul de excludere prevăzut de dispozițiile art.167 alin.1 lit.h din Legea nr.98/2016.

În ceea ce privește omisiunea sau confundarea unor elemente importante care determină soluția pronunțată în cauză, autoritatea contractantă apreciază că acestea nu pot fi luate în discuție, întrucât Curtea de Apel București nu ar fi putut face o astfel de confuzie, toate datele de identificare, atât ale contestatorului ... cât și ale societăților sancționate, inclusiv subsidiare/sucursale și/sau filiale, aflându-se la dosarul cauzei.

Față de cele menționate, autoritatea contractantă susține că este lipsită de temei legal contestația formulată de ..., comportamentul procesual al contestatorului dovedindu-se a fi unul ce contravine mecanismului juridic avut în vedere de legiuitor, motiv pentru care solicită respingerea contestației, ca neîntemeiată și nefondată.

Cu adresa înregistrată la C.N.S.C. sub nr..../29.03.2021, ... a depus concluzii scrise.

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „...”, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr..../09.03.2019.

Valoarea estimată a contractului este de 2.000.162.437 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este „*cel mai bun raport calitate-preț*”.

În cadrul procedurii au fost depuse 10 oferte, printre care se regăsește și cea depusă de Asocierea formată din ..., ..., al cărei lider este contestatorul ..., respectiv cea depusă de contestatorul

Potrivit raportului procedurii f.n. și neaprobat de reprezentantul legal al autorității contractante, comisia de evaluare a decis desemnarea drept câștigătoare a ofertei depusă de ..., cu un punctaj de 100 puncte și un preț de 1.542.122.835,90 lei, fără TVA.

Prin adresa de clarificări nr..../10.08.2020, comisia de evaluare a solicitat clarificări referitoare la propunerea tehnică și corelarea acesteia cu propunerea financiară.

Urmare adresei mai sus indicată, ofertantul menționat a formulat contestația soluționată prin decizia C.N.S.C. nr....din 07.09.2020, în sensul admiterii acesteia, anulării actului atacat și continuarea procedurii.

Decizia de mai sus a fost atacată cu plângere de către autoritatea contractantă ..., cale de atac soluționată de Curtea de Apel București, prin Hotărârea civilă nr..../19.10.2020, în sensul respingerii acesteia.

Continuând procedura, comisia de evaluare a emis raportul procedurii de atribuire nr.../04.03.2021, prin care a desemnat câștigătoare oferta depusă de ..., cu un punctaj de 100 puncte și având o propunere financiară de 1.678.873.121,77 lei, fără TVA, în timp ce:

- oferta depusă de asocierea al cărei lider este ... a fost respinsă, ca *inacceptabilă*, în temeiul art.134 alin.5 din H.G. nr.395/2016 coroborat cu art.215 alin.4 din Legea nr.98/2016, și *neconformă*, în temeiul art.137 alin.3 lit.a din H.G. nr.395/2016;

- oferta depusă de ... a fost respinsă conform art.137 alin.1 din H.G. nr.395/2016, pentru motivele de excludere reglementate de prevederile art.167 alin.1 lit.c și lit.h coroborat cu art.137 alin.2 lit.b din H.G. nr.395/2016.

Împotriva deciziilor de respingere arătate, ... și ... au depus contestațiile de față, constituind cauțiunile aferente în cuantumul prevăzut de lege.

I. Examinând contestația formulată de ..., punctul de vedere al autorității contractante, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

Potrivit raportului procedurii de atribuire nr.../04.03.2021, oferta depusă de asocierea al cărei lider este ... a fost respinsă, ca *inacceptabilă*, în temeiul art.134 alin.5 din H.G. nr.395/2016 coroborat cu art.215 alin.4 din Legea nr.98/2016, și *neconformă*, în temeiul art.137 alin.3 lit.a din H.G. nr.395/2016, deoarece răspunsul la solicitarea de clarificări nr.../23.04.2020 a fost considerat neconcludent și, pe cale de consecință, propunerea tehnică nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini.

În soluționare, Consiliul reține că, în etapa de evaluare a propunerilor tehnice, autoritatea contractantă a transmis asocierii al cărei lider este contestatorul, solicitarea de clarificări nr.../23.04.2020, având conținutul:

„Solicitare de clarificare nr.1

Comisia de evaluare solicită ofertantului **să indice localizarea în cadrul Propunerii Tehnice depuse, Programul de Proiectare asumat conform Cerințelor Beneficiarului.**

Solicitare de clarificare nr.2

Comisia de evaluare solicită Ofertantului **retransmiterea Programului de Lucrări (Graficul de Eșalonare Calendaristică Gantt) cu menționarea tuturor informațiilor minime solicitate prin documentația de atribuire, formularul 4:**

PREZENTAREA PROGRAMULUI DE LUCRĂRI intitulat și Graficul de Eșalonare Calendaristică Gantt ce va fi realizat utilizându-se analiza drumului critic și care va cuprinde minim următoarele informații: ...

Totodată comisia de evaluare solicită ofertantului **transmiterea Programului de Lucrări într-un format în care să poată fi urmărită desfășurarea activităților pe toată durata contractului.** Din programul transmis, fișierul SiPiS4 TEH1.13, paginile 9-43 nu pot fi corelate cu activitățile aferente.

Solicitarea de clarificare nr.3

Comisia de evaluare solicită ofertantului **să indice localizarea în cadrul Schiței de Proiect, a profilelor transversale tip bretele aferente nodurilor**

rutiere și a profilelor transversale aferente Intersecțiilor denivelate în conformitate cu solicitările din cadrul Formularului 4 Propunerea Tehnică, III Schița de Proiect și Capitolul 11 din Cerințele Beneficiarului.”

Asocierea al cărei lider este contestatorul, a răspuns prin adresa nr.../28.04.2020, în care a indicat unde anume se regăsesc în cadrul propunerii sale tehnice elementele vizate prin adresa de clarificări. Anexat răspunsului s-a prezentat Programul de Lucrări cu vizualizarea trimestrială a lucrărilor, dar și cu blocarea activităților.

Răspunsul furnizat a fost considerat neconcludent, după cum apare consemnat în procesul-verbal intermediar nr.8 (înregistrat sub .../29.04.2020) și s-a comunicat asocierii prin adresa nr.../04.03.2021 privind rezultatul procedurii, din următoarele considerente:

„1. Constatarea Comisiei de evaluare:

Comisia de evaluare nu a identificat în cadrul Propunerii tehnice depuse Programul de Proiectare asumat conform Cerințelor Beneficiarului.

Solicitare de clarificări nr.1 (...)

Răspuns 1: (...)

Concluzia Comisiei de evaluare:

În referințele ofertantului nu pot fi identificate date care să demonstreze însușirea programului de proiectare așa cum a fost definit în cerințele Beneficiarului, cu încadrarea în termenul maxim de 16 luni.

Astfel, deși data de începere indicată în Graficul Gantt este 09.04.2020, în cadrul ID 56 «Documentația tehnică (Proiectul) pentru autorizatia execuției de construire PAC este finalizată» are ca termen data de 02.08.2021 cu o întârziere de 8 luni față de programul de proiectare impus de către Beneficiar (...)

2. Constatarea comisiei de evaluare:

Comisia de evaluare a identificat în cadrul Propunerii tehnice depuse Programul de Lucrări cu precizarea majorității informațiilor minim solicitate prin documentația de atribuire – Formularul 4. Totodată, programul de lucrări este încărcat într-un format în care nu poate fi urmărită desfășurarea activităților pe toată durata contractului.

Solicitare de clarificare nr.2: (...)

Răspuns 2: (...)

Concluzia Comisiei de evaluare:

Astfel, durata activităților de proiectare este 0 zile și nu sunt precizate numărul resurselor umane și tehnice, productivitatea resurselor.

Totodată nu ați prezentat informații referitoare la momentele din procesul tehnologic de execuție a lucrărilor când se intenționează să se utilizeze aceste echipamente și nu ați justificat propunerea dvs. ținând cont și de puterea și capacitatea echipamentelor necesare pentru execuția corespunzătoare a lucrărilor, așa cum a fost solicitat prin Formularul 4 VI. Echipamente/instalații/utilaje la dispoziția ofertantului pentru executarea contractului.

Prin urmare, Comisia de evaluare a considerat răspunsul dvs. ca fiind neconcludent.

3. Constatarea comisiei de evaluare:

Comisia de evaluare nu a identificat în cadrul Propunerii tehnice depuse, respectiv Schița de Proiect, a profilelor transversale tip bretele aferente nodurilor rutiere și a profilelor transversale aferente Intersecțiilor denivelate în conformitate cu solicitările din cadrul Formularului 4 Propunerea Tehnică, III. SCHIȚA DE PROIECT și capitolul 11 Cerințele Beneficiarului.

Solicitare de clarificări nr.3: (...)

Răspuns 3:

Prin adresa nr..../28.04.2020, în răspuns la această solicitare de clarificări, ați făcut multiple trimiteri la documentația prezentată fără a indica clar localizarea în cadrul ofertei a tuturor informațiilor solicitate, respectiv a profilelor transversale aferente Intersecțiilor denivelate.

Totodată comisia de evaluare a verificat stas-urile și normativele la care se face trimitere în propunerea tehnică, indicând un număr de 108 normative anulate.

Concluzia Comisiei de evaluare:

Având în vedere cele prezentate, Comisia de evaluare a considerat răspunsul dvs. ca fiind neconcludent."

Sintetizând cele de mai sus, rezultă că membrii comisiei de evaluare au solicitat asocierii privitor la propunerea sa tehnică:

- să localizeze Programul de proiectare asumat conform Cerințelor beneficiarului (solicitarea 1);

- să retransmită Programul de lucrări (Graficul de Eșalonare Calendaristică Gantt) cu menționarea tuturor informațiilor minime solicitate prin documentația de atribuire și într-un format în care să poată fi urmărită desfășurarea activităților (solicitarea 2);

- să localizeze în cadrul Schiței de Proiect a profilelor transversale tip bretele aferente nodurilor rutiere și a profilelor transversale aferente Intersecțiilor denivelate în conformitate cu solicitările formularului 4 – Propunerea tehnică, III Schița de proiect și Capitolul 11 din Cerințele beneficiarului (solicitarea 3),

ceea ce asocierea a făcut prin răspunsul transmis, însă răspunsul a fost considerat neconcludent din considerentele următoare:

- neidentificarea de date din care să rezulte că asocierea și-ar fi însușit programul de proiectare, astfel cum a fost definit în Cerințele beneficiarului, cu încadrarea în termenul maxim de 16 luni și, totodată, că finalizarea documentației tehnice (proiectul) pentru autorizația execuției de construire (PAC) ar depăși termenul de 8 luni impus (față de răspunsul 1);

- identificării unei durate de proiectare de „0” zile în cadrul programului de lucrări și unei omisiuni de precizare a numărului resurselor umane și tehnice, respectiv a productivității acestora (față de răspunsul 2);

- neidentificarea în cadrul ofertei a profilelor transversale aferente intersecțiilor denivelate, dar și identificarea unor stas-uri și normative anulate (față de răspunsul 3).

Observând modul în care autoritatea contractantă a înțeles să redacteze solicitarea de clarificări, Consiliul nu poate să valideze concluzia la care a ajuns comisia de evaluare, respectiv încadrarea răspunsului primit în categoria celor neconcludente.

Astfel, față de solicitarea de clarificări adresată, răspunsul asocierii nu pot fi considerat neconcludent atâta vreme cât acesta este corelat întrebărilor adresate, în sensul identificării în cadrul propunerii tehnice depuse a documentelor/informațiile indicate de autoritatea contractantă. De asemenea, asocierea a depus documentul Programul de lucrări în formatul cerut.

Dacă avea nelămuriri asupra chestiunilor reținute în cadrul motivelor concrete de respingere, acestea trebuiau expuse explicit asocierii, printr-o nouă solicitare de clarificări, astfel încât să i se dea acesteia posibilitatea de a răspunde.

Consiliul apreciază că răspunsul punctual dat de asocierie a fost pe măsura solicitării primite și, în același timp, în limitele exigențelor de legalitate și temeinicie pentru a fi considerat, până la proba contrară, suficient și credibil.

Este firesc ca, în contextul solicitării de clarificări adresată, asocieria să nu fie în măsură să formuleze răspunsurile așteptate de autoritatea contractantă, răspunsurile asocierii fiind corelate cu întrebările adresate și concludente în raport cu acestea. Ori autoritatea contractantă a respins oferta pentru cu totul alte motive decât ceea ce s-a dorit a fi lămurit prin solicitarea de clarificări.

Pentru a-și atinge scopul pentru care au fost reglementate, cererile de clarificări adresate autorilor ofertelor trebuie să fie clare, concise și să definească în mod explicit și suficient de detaliat în ce constau clarificările dorite, rezultând că autoritatea contractantă trebuia să ceară expres lămuriri despre componentele ofertei care o interesau, respectiv explicarea aspectelor care formează obiectul motivelor concrete de respingere a ofertei asocierii.

Orice hotărâre a autorității privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a acesteia, sub toate aspectele și pe probe concludente, iar nu pe justificări neclare sau insuficiente.

Primirea unui răspuns insuficient pentru comisia de evaluare, sprijinită de cauze culpabile însăși acesteia, care nu a știut să își redacteze corespunzător (exhaustiv) solicitările de clarificări, nu determină în mod neapărat respingerea unei oferte, în condițiile în care informațiile din cuprinsul acesteia, de care se prevalează asocieria, par a fi în măsură să răspundă cerințelor documentației de atribuire, față de care se stabilește caracterul admisibil al ofertei.

O revenire cu întrebări corespunzătoare se impunea, deoarece răspunsul primit apare a fi neconvincător pentru autoritatea contractantă, care are obligația să asigure ofertanților toate condițiile pentru ca aceștia să își poată justifica și proba conformitatea ofertei.

Pornind de la cele constatate, nimic nu împiedica autoritatea să revină și să ceară exact asocierii ofertante informațiile de care are nevoie, astfel încât asocieria să cunoască ce anume dorește autoritatea contractantă și, în consecință, ce trebuie să îi prezinte, pentru a nu mai exista îndoieli sau neclarități.

Revenirea autorității nu are ca scop avantajarea în vreun fel a ofertantei, ci dobândirea acelor informații ce nu au putut fi extrase din răspunsurile depuse inițial, situație care, însă, nu îi poate fi imputată respondentului.

În cauză, persistența anumitor nelămuriri nu poate avea drept consecință sancționarea asocierii cu excluderea din procedură, ci

clarificarea acestora, astfel că stabilirea caracterului acceptabil sau nu al ofertei asocierii urmează a se determina ulterior primirii explicațiilor relevante din partea acestuia, iar nu la acest moment.

Raționamentul de mai sus al Consiliului este susținut și de Hotărârea T – 211/2002 în cauza Tideland Signal vs. Comisie, în cadrul căreia CJUE a avut în vedere **„obligatia autorității de a solicita clarificări atunci când procedează la analiza conținutului unei oferte, când dintre termenii și circumstanțele cauzei se conturează că este probabil ca ambiguitatea sau neclaritatea să aibă o explicație simplă și există posibilitatea a fi surmontate într-o manieră facilă, ca în cazul în care este posibilă alegerea între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile”**, relevantă fiind și cauza C-599/10, pct. 31, în care CJUE a reținut că „efectul util al articolului 55 alineatul (1) din Directiva 2004/18 implică faptul că **revine autorității contractante sarcina de a formula clar solicitarea adresată candidaților în cauză pentru a i pune pe aceștia în măsură să justifice deplin și util caracterul serios al ofertelor lor**”.

În concluzie, numai printr-o nouă solicitare de clarificări referitoare la aspectele concrete necesar a fi lămurite, autoritatea contractantă va aplica, în mod judicios, dispozițiile art.133 alin.1 din H.G. nr.395/2016, conform căroră *„Comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punct de vedere al elementelor tehnice propuse (...)”*.

Analiza temeiniciei criticilor din contestație a fost efectuată prin raportare la documentele depuse în fața autorității contractante, în cadrul procesului de evaluare, și pe care comisia abilitată și-a fundamentat decizia de respingere atacată, Consiliul neputându-se substitui atribuțiilor acesteia.

Luând în considerare cele anterior expuse, în temeiul art.26 alin.2 și 5 din Legea nr.101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de, va anula raportul procedurii nr..../04.03.2021, în partea care privește evaluarea ofertei contestatorului, precum și actele subsecvente și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea acestei oferte cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în motivare, în termen de 15 de zile de la primirea deciziei.

Referitor la cererea contestatorului de plată a cheltuielilor de judecată, ținând seama de dispozițiile art.26 alin.9 din Legea nr. 101/2016, conform căroră *„Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației. Quantumul, detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care trebuie depusă înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației”*, Consiliul constată că, la dosar, nu a fost depusă vreo dovadă a efectuării unor asemenea cheltuieli, astfel că o va respinge.

II. Examinând contestația depusă de ..., punctul de vedere al autorității contractante, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

Potrivit raportului procedurii de atribuire nr.../04.03.2021, oferta depusă de ... a fost respinsă conform art.137 alin.1 din H.G. nr.395/2016, pentru motivele de excludere reglementate de prevederile art.167 alin.1 lit.c și lit.h coroborat cu art.137 alin.2 lit.b din H.G. nr.395/2016.

Contestatorul critică decizia de respingere a ofertei sale susținând, în esență, că, în mod nelegal, cu încălcarea art.127 alin.3 din H.G. nr.395/2016, conducătorul autorității contractante a returnat raportul procedurii de atribuire a doua oară comisiei de evaluare, dar și că nu se încadrează în cazurile de excludere prevăzute la art.167 alin.1 lit.c și h din Legea nr.98/2016.

Preliminar, criticile contestatorului cu privire la nerespectarea termenului de 15 zile în care decizia anterioară a C.N.S.C. trebuia pusă în executare, vor fi respinse în raport cu dispozițiile art.224 alin.1 lit.a și coroborat cu art.226 alin.1 din Legea nr.98/2016, care stabilesc sancțiunea aplicabilă în această situație și organismul competent a o constata, pe de o parte, iar pe de altă parte, având în vedere că nerespectarea termenului în discuție nu atrage nelegalitatea deciziilor ulterioare ale autorității contractante, în procedura de față.

Trecând la analiza primului considerent de pretinsă nelegalitate a deciziei de respingere a ofertei contestatorului, Consiliul reține, așa cum s-a arătat și în situația de fapt mai sus expusă, că în urma finalizării evaluării ofertelor, comisia de evaluare a încheiat un prim raport al procedurii f.n. de înregistrare și fără a fi fost aprobat de conducătorul autorității contractante, prin care a fost desemnată câștigătoare oferta depusă de

Ulterior întocmirii documentului arătat, comisia de evaluare a transmis contestatorului solicitarea de clarificări nr.../10.08.2020, referitoare la propunerea tehnică și corelarea acesteia cu propunerea financiară.

Considerând nelegală această solicitare de clarificări, contestatorul a formulat contestația soluționată prin decizia C.N.S.C. nr...din 07.09.2020, în sensul admiterii acesteia, anulării actului atacat și continuarea procedurii.

Decizia de mai sus a fost atacată cu plângere de către autoritatea contractantă ..., cale de atac soluționată de Curtea de Apel București, prin Hotărârea civilă nr.../19.10.2020, în sensul respingerii.

Continuând procedura, comisia de evaluare a emis raportul procedurii de atribuire nr.../04.03.2021, aprobat de conducătorul autorității contractante, prin care a desemnat câștigătoare oferta depusă de ..., cu un punctaj de 100 puncte și având o propunere financiară de 1.678.873.121,77 lei, fără TVA.

Consiliul nu achiesează punctului de vedere al contestatorului conform căruia autoritatea contractantă ar fi acționat cu încălcarea art.127 alin.3 din H.G. nr.395/2016.

Astfel, dispozițiile legale menționate prevăd că:

„(3) În cazul în care nu aprobă raportul procedurii, conducătorul autorității contractante va motiva în scris decizia sa și poate, după caz:

a) returna raportul, o singură dată, comisiei de evaluare spre corectare sau reevaluare parțială;

b) solicita o reevaluare completă, caz în care o nouă comisie de evaluare va fi numită.”

După cum rezultă din situația de fapt expusă și, de altfel, și din susținerile contestatorului, conducătorul autorității contractante a returnat o singură dată raportul procedurii de atribuire către comisia de evaluare și anume a returnat raportul procedurii f.n. prin care oferta contestatorului a fost desemnată câștigătoare, demers ulterior căruia comisia de evaluare a emis raportul procedurii nr.../04.03.2021, prin care oferta contestatorului a fost în final respinsă.

În opinia Consiliului nu prezintă relevanță motivele pentru care conducătorul autorității contractante a înțeles să nu aprobe primul raport al procedurii, ci că acesta a înțeles să uzeze de dreptul său legal acordat de maniera arătată.

Totodată, efectuând o verificare a modului în care dreptul menționat a fost exercitat, Consiliul nu poate reține a fi fost una abuzivă atâta vreme cât decizia conducătorului de a returna raportul inițial al procedurii a fost justificată de acesta, considerentele avute în vedere pentru fundamentarea acestei decizii neputând forma, însă, obiectul cenzurii Consiliului.

Este de înțeles interesul contestatorului de a obține înlăturarea efectelor raportului procedurii de atribuire nr.../04.03.2021, însă argumentele invocate de acesta nu sunt apte a conduce la acest rezultat.

De altfel, se observă cu ușurință că, deși susține că s-au încălcat dispozițiile art.127 alin.3 din H.G. nr.395/2016, nu arată și nu demonstrează când a avut loc „prima returnare” a raportului procedurii de atribuire.

În ceea ce privește argumentul contestatorului constând în invocarea răspunsului ..., Consiliul nu îl apreciază ca relevant în condițiile în care nu este în măsură să probeze încălcarea invocată.

De asemenea, Decizia ICCJ nr.66/2018 nu prezintă relevanță în opinia Consiliului, deoarece, așa cum rezultă din chiar textul redat de contestator, autoritatea contractantă este oprită să procedeze la o nouă evaluare a elementelor tehnice și financiare în situația în care respectiva evaluare a fost efectuată deja, ori, în cazul de față, oferta contestatorului a fost exclusă ca urmare a încadrării acestuia în cazul de excludere prevăzut de art.167 alin.1 lit.c și h din Legea nr.98/2016, deci independent de orice evaluare tehnică sau financiară care ar fi fost făcută, relevant fiind și art.169 din lege, potrivit căruia

„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.”

Așadar, în lipsa unei dovezi certe a nesocotirii dispozițiilor legale invocate de contestator, de către autoritatea contractantă, critica analizată se impune a fi respinsă.

În ceea ce privește critica de pretinsă nelegalitate a deciziei de respingere a ofertei contestatorului constituită de susținerea acestuia conform căreia nu se circumscrie motivelor de excludere prevăzute la art.167 alin.1 lit.c și h din Legea nr.98/2016, Consiliul nu o va reține din următoarele considerente:

După cum rezultă din raportul procedurii nr..../04.03.2021 și comunicarea nr..../04.03.2021, oferta contestatorului a fost respinsă cu încadrarea acestuia în motivele de excludere prevăzute la art. 167 alin.1 lit.c și h din Legea nr.98/2016, în considerarea Hotărârii nr..../2020, pronunțată de Curtea de Apel București.

Prin decizia menționată, instanța curții de apel, sesizată fiind cu soluționarea plângerii împotriva deciziei C.N.S.C. nr..../C4/.../20.08.2020 pronunțată în cadrul procedurii având ca obiect „...”, a decis următoarele:

„(...) Pe de altă parte, cu privire la fondul criticilor petentei ... referitoare la motivele de excludere a ofertei ..., Curtea reține ca având relevanță în cauză, următoarele dispoziții legale:

Potrivit art. 167 alin. (1) lit. c) și h) din Legea nr. 98/2016 Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații:

c) a comis o abatere profesională gravă care îi pune în discuție integritatea, iar autoritatea contractantă poate demonstra acest lucru prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi o decizie a unei instanțe judecătorești sau a unei autorități administrative; (...)

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

Potrivit art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016: „Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a- și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

(5) în cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situațiile de excludere prevăzute la art. 164 și 167 nu se aplică:

(...)

b) dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant".

Curtea observă că, modalitatea de evaluare a ofertei ...este greșită, întrucât în privința acestui ofertant erau incidente cazuri de excludere.

Potrivit art. 169 din Legea nr. 98/2016:

„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".

...a săvârșit o abatere profesională gravă care a determinat aplicarea sancțiunii excluderii de către ..., astfel că, sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art. 167 alin. 1 lit. c din Legea nr. 98/2016:

Ofertantul ...a fost sancționat pentru practici financiare incorecte, fiind inclus pe lista de excluderi a în cursul anului 2019, ofertantul ...a fost sancționat prin aplicarea măsurii interzicerii temporare de a mai participa în proiectele finanțate de către ... (en. "Condițional non-debarment").

Această situație reiese din documentul oficial emis de ..., care face referire la enitățile sancționate și sancțiunile dispuse, fila 125, voi. 2 dosar achiziție publică, care reprezintă mijloc de probă adecvat, în sensul art. 167 alin. 1 lit. c din Legea nr. 98/2016.

Ofertantul ...se face vinovat de săvârșirea culpabilă a unor abateri profesionale constând în exercitarea unor practici financiare incorecte în cadrul procedurilor de achiziție vizând proiectul "... în ...", fapt care a condus la includerea sa temporară pe lista de excluderi a Sancțiunea aplicată a fost rezultatul încheierii unei tranzacții între compania sancționată și ... (en. "Settlement Agreement"), ceea ce presupune, în mod automat, o recunoaștere a vinovăției cu care au fost săvârșite faptele constatate și sancționate de către

Faptele săvârșite de către ofertantul ...se înscriu în sfera noțiunii de "abatere profesională gravă" în sensul art. 167 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, deoarece produc un impact semnificativ asupra integrității și reputației profesionale a operatorului economic, inclusiv prin prisma faptului că vizează aspecte financiare ale procedurii de achiziție în legătură cu care au fost constatate.

Dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 stabilesc faptul că se va dispune măsura excluderii dacă sunt îndeplinite în mod cumulativ două condiții, respectiv: operatorul economic să fi comis o abatere profesională gravă, care îi pune în discuție integritatea; și abaterea să poată fi dovedită prin orice mijloc de probă considerat adecvat. În acest sens, legiuitorul, a indicat, în mod exemplificativ deciziile unei autorități administrative.

În speță, aceste condiții sunt îndeplinite:

Astfel, abaterea profesională gravă reprezintă orice abatere care afectează reputația profesională a operatorului economic, fără a se face distincția privind modul în care aceasta a fost constatată. Dispozițiile art. 167 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 definesc explicit noțiunea de abatere profesională gravă ca fiind „orice abatere comisă de operatorul economic care afectează reputația profesională a acestuia, cum ar fi încălcări ale regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor sau încălcări ale drepturilor de proprietate intelectuală, săvârșită cu intenție sau din culpă gravă".

Concret, abaterea profesională gravă rezultă din comportamentul operatorului economic care denotă o intenție sau o neglijență de o anumită gravitate din partea sa, fapta fiind recunoscută, sancționată și certă la momentul participării acestuia în actuala Procedură de atribuire.

Ofertantul ...se află în intervalul de trei ani subsecvenți sancțiunilor aplicate prin decizia anterior menționată.

Din perspectiva dispozițiilor art. 171 alin. 5 lit. b din Legea nr. 98/2016 sunt întrunite condițiile de excludere având în vedere că: ofertantul ...a comis fapte constituind nereguli în materia achizițiilor publice astfel cum s-a constatat prin Decizia ...aplicate în anul 2019, situație de natură a atrage, prin ea însăși incidența excluderii în cei trei ani ulteriori comiterii abaterilor profesionale grave astfel confirmate.

Termenul de trei ani prevăzut de dispozițiile art. 171 alin. 5 lit. b din Legea nr. 98/2016 nu este împlinit în prezent având în vedere că, Decizia ...a fost emisă în anul 2019, iar prin Decizia CJUE din 24 octombrie 2018, pronunțată în Cauza C-124/17, s-a reținut că, durata maximă de excludere (3 ani) se calculează de la data deciziei prin care s- a dispus sancționarea comiterii abaterilor profesionale grave.

Curtea de Justiție a Uniunii Europene a statuat în decizia mai sus amintită, următoarele: „Articolul 57 alineatul (7) din Directiva 2014/24 trebuie interpretat în sensul că, atunci când un operator economic a avut un comportament care intră sub incidența cauzei de excludere prevăzute la articolul 57 alineatul (4) litera (d) din această directivă, care a fost sancționat de o autoritate competentă, durata maximă de excludere se calculează de la data deciziei autorității respective”.

Prin urmare, la reevaluarea ofertantului ..., autoritatea contractantă va ține cont de prevederile art. 171 alin. 5 lit. b raportat la art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, întrucât:

-Ofertantul ...se află, în prezent, în intervalul de trei ani ulteriori săvârșirii abaterilor profesionale grave și constatate, astfel cum acestea sunt definite la art. 167 alin. 3 din Legea nr. 98/2016, fapta constatată definitiv de către ..., în 2019, este expres recunoscută de către

-In raport de perioada comiterii abaterilor profesionale grave, cât și în raport de data constatării acestora prin hotărâre judecătorească definitivă/tranzacție, momentul soluționării prezentei cereri se află în interiorul perioadei reglementate de art. 171 alin. 5 lit. b pentru incidența obligatorie a cazurilor de excludere timp de trei ani.

-Practica operatorului economic de a eluda obligațiile legale de transparență și loialitate prin informarea corectă, completă și onestă a autorităților contractante în fața cărora a continuat să depună DUAE, fără a preciza absolut nimic despre comiterea abaterilor profesionale grave, este ea însăși de natură a genera excluderea obligatorie din prezenta Procedură de atribuire.

Contrar apărărilor ofertantului ..., Curtea reține că, acesta a furnizat declarații false în DUAE, astfel că se face vinovată de declarații false în conținutul informațiilor transmise Autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere, fiind, așadar incident motivul de excludere prevăzut de dispozițiile art. 167 alin. 1 lit. h din Legea nr. 98/2016.

Curtea reține că, nu este în măsură să decidă ofertantul, asupra încadrării sau nu a situației în care se regăsește în vreunul dintre motivele de excludere reglementate de legislația achizițiilor publice. Această prerogativă revine Autorității contractante care, însă, nu o poate exercita corect decât în măsura în care declarațiile oferite de către ofertant, la momentul completării DUAE, corespund realității, ceea ce nu a fost cazul în speță.

Așa fiind, concluzionând, Curtea reține, contrar apărărilor intimatei ...că, Decizia CNSC este nelegală din această perspectivă, astfel că, urmare a anulării Deciziei, de către instanță sub acest aspect, autoritatea contractantă va trebui să țină cont de dispozițiile art. 167 alin. 1 lit. c) și h) și art. 171 alin. 5 lit. b) din Legea nr. 98/2016, întrucât, ofertantul ...a săvârșit abateri profesionale grave constând în practici financiare incorecte, în legătură cu proiecte de achiziții publice finanțate de către ..., care au determinat includerea sa pe lista neagră a ..., iar

aceste abateri profesionale săvârșite afectează iremediabil reputația profesională a ofertantului.

Totodată, intimata ...a furnizat declarații false în DUAE, omițând intenționat să declare că a fost sancționată de către ...; aceste "omisiuni" au caracterul unor inadvertențe de fond în raport cu care, nu există posibilitatea Autorității contractante de a solicita clarificări. (...)"

Așadar, instanța Curții de Apel București a decis definitiv, prin decizia nr..../18.11.2020, că intră sub incidența cazurilor de excludere prevăzute de art.167 alin.1 lit.c și h din Legea nr.98/2016.

Față de aceasta, având în vedere că situația contestatorului din speța de față este identică cu cea din speța aflată pe rolul Curții de Apel București, Consiliul achiesează punctului de vedere al autorității contractante, decizia de respingere în discuție fiind reținută ca una legală.

Astfel, deși procedura în care s-a pronunțat decizia instanței este alta decât cea de față, situație în care autoritatea de lucru judecat a deciziei instanței nu poate fi invocată în forma excepției procesuale, Consiliul are în vedere că, pe lângă manifestarea sa de excepție procesuală, autoritatea de lucru judecat cunoaște și manifestarea de prezumție, mijloc de probă de natură să demonstreze ceva în legătură cu raporturile juridice dintre părți.

Dacă în manifestarea sa de excepție procesuală (care corespunde unui efect negativ, extinctiv, de natură să oprească o a doua judecată) autoritatea de lucru judecat presupune tripla identitate de elemente prevăzută de art.431 C.proc.civ. (obiect, părți, cauză) nu tot astfel se întâmplă atunci când acest efect important al hotărârii se manifestă pozitiv, respectiv, demonstrând modalitatea în care au fost dezlegate anterior anumite aspecte litigioase în raporturile dintre părți, fără posibilitatea de a se statua diferit.

Altfel spus, efectul pozitiv al autorității de lucru judecat se impune într-un al doilea proces care are legătură cu chestiunea litigioasă dezlegată anterior, fără posibilitatea de a mai fi contrazis.

Această reglementare a autorității de lucru judecat în forma prezumției vine să asigure, din nevoia de ordine și stabilitate juridică, evitarea contrazicerilor între considerentele hotărârilor pronunțate.

Astfel fiind, Consiliul este ținut în soluționarea speței de față de ceea ce instanța a decis cu privire la situația contestatorului în litigiul soluționat de instanța Curții de Apel București, fără a avea posibilitatea de a pronunța o soluție contrară.

Or, contestatorul tocmai asta urmărește prin demersul de față, să paralizeze efectele autorității de lucru judecat de care se bucură hotărârea instanței, ceea ce nu este posibil.

Argumentul contestatorului în sensul că, în speța de față, este vorba despre o altă procedură, nu poate fi primit în soluționare pentru cele mai sus arătate, după cum nu poate fi primit nici argumentul constând în cele reținute de autoritatea contractantă în cadrul altor proceduri în favoarea contestatorului, acestea neputând fi opuse în contextul în care instanța de judecată a judecat deja situația acestuia.

Observă Consiliul că instanța de judecată a avut în vedere cu ocazia soluționării cauzei de pe rolul său și „(...) *documentul oficial emis de ..., care face referire la entitățile sancționate și sancțiunile dispuse, fila 125, vol.2 dosar achiziție publică, care reprezintă mijloc de probă adecvat, în sensul art.167 alin.1 lit.c din Legea nr.98/2016.*” (pag.62 a deciziei), astfel că nu pot fi invocate eventuale alte documente ale acestui organism cu intenția de a servi obținerii unei soluții contrare.

De asemenea, reține Consiliul că subzistă condițiile care au stat la baza pronunțării deciziei susmenționată de către instanță și din perspectiva termenului de 3 ani prevăzut de art.171 alin.5 lit.b din Legea nr.98/2016, care nu era împlinit la data depunerii ofertei în procedura de față și nu este împlinit nici în prezent, deoarece Decizia ..., după cum precizează instanța Curții de Apel București, a fost emisă în anul 2019, iar conform Deciziei CJUE pronunțată în cauza C-124/17, durata maximă de excludere (3 ani) se calculează de la data constatării abaterii de organismul abilitat.

Fiind incident contestatorului și cazul de excludere prevăzut de art.167 alin.1 lit.h din Legea nr.98/2016, nu mai poate fi pusă nici problema demonstrării fiabilității de către acesta, demonstrație care este permisă doar în cazul de excludere prevăzut de lit.c, iar nu și în cazul celui de la lit.h.

Întrucât nu s-au identificat elemente care să determine refacerea actelor de evaluare a ofertei contestatorului, decizia de respingere a ofertei acestuia va fi menținută.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art.26 alin.6 din Legea nr.98/2016, Consiliul va respinge contestația depusă de ..., ca nefondată.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art.28 alin.1 din Legea nr.101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația depusă de ..., în contradictoriu cu ..., anulează raportul procedurii de atribuire nr..../04.03.2021, în partea care privește evaluarea acestei oferte și actele subsecvente acestuia.

Obligă autoritatea contractantă să reevalueze oferta menționată, în considerarea celor arătate în motivare, în termen de 15 zile de la primirea prezentei.

Respinge cererea ... de plată a cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației.

Respinge, ca nefondată, contestația depusă de

Obligatorie.

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

...