

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ..

Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 30337/16.06.2022, formulată de ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. J..., având CUI ..., reprezentată legal de ... – administrator și convențional de avocat ..., adresă aleasă pentru comunicare actelor de procedură, împotriva raportului procedurii nr. 12521/ DDB.VI.G./4/9 iunie 2022, elaborat de ..., cu sediul în în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „SERVICII DE PROIECTARE ȘI ASISTENȚĂ TEHNICĂ PENTRU OBIECTIVUL – MODERNIZARE ȘI CONSOLIDARE DRUM JUDEȚEAN DJ 107V; DJ107 – ALECUȘ – DJ 107D”, s-a solicitat:

- anularea raportului procedurii nr. 12521/DDB.VI.G./4/9 iunie 2022 prin care oferta sa a fost declarată inacceptabilă;

- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii prin luarea în considerare ca admisibilă și conformă și a ofertei sale precum și la întocmirea unui nou raport al procedurii prin care să stabilească rezultatul procedurii;

- dispunerea oricăror altor măsuri considerate necesare pentru remedierea actelor care afectează procedura de atribuire, a contractului ce urmează a fi atribuit, și obligarea autorității contractante la remedierea procedurii în sensul solicitărilor din prezenta contestație.

De asemenea, s-a solicitat obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de prezenta contestație.

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

Prin contestația formulată, ... critică decizia autorității contractante de a-i respinge ca inacceptabilă oferta depusă în cadrul procedurii în temeiul dispozițiilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, apreciind ca

nelegal motivul invocat pentru aceasta și anume faptul că răspunsul la o solicitarea de clarificări a fost neconcludent.

Potrivit contestatoarei, motivat de faptul că oferta .. a fost respinsă, autoritatea contractantă a reluat procesul de solicitare a documentelor suport pentru demonstrarea celor prezentate în DUAЕ, astfel încât, prin adresa nr. 11019/DDB/VI.G/4/20.05.2022, autoritatea contractantă i-a solicitat ca până la data de 27.05.2022, inclusiv, să transmită respectivele documente.

Deși termenul de răspuns a fost de 7 zile, contestatoarea susține că a transmis documentele în cauză la data de 20.05.2022, fapt necontestat de autoritatea contractantă, care a confirmat primirea respectivelor documente mai puțin a cazierului judiciar al terțului susținător

Ulterior, prin adresa nr. 11672/DDB/VI.G.4/30.05.2022 – Solicitare de clarificare privind evaluarea DUAЕ, autoritatea contractantă i-a solicitat să precizeze unde în cadrul răspunsului se regăsește cazierul judiciar al operatorului economic ... – terț susținător. Răspunzând solicitării autorității contractante, contestatoarea a transmis documente justificative pentru terțul susținător ... atașate în fișierul 02 Documente justificative ..într-un număr de 68 de pagini; cazierul judiciar nr. 32146397/26.05.2022 al operatorul economic ... a fost comunicat în data de 30.05.2022.

Cu toate acestea, răspunsul a fost considerat neconcludent.

În opinia contestatoarei, decizia autorității contractante de a-i respinge oferta este nelegală, nefiind precizate motivele concrete pentru care oferta sa a fost apreciată ca inacceptabilă, respectiv motivele pentru care răspunsul la solicitarea de clarificări a fost considerat neconcludent.

Aceasta consideră că i-a fost aplicată o sancțiune ca urmare a unui exercițiu abuziv a atribuțiilor comisiei de evaluare, abuz exprimat și prin subiectivismul comisiei de evaluare, astfel cum se poate constata din analiza textului lapidar al motivării deciziei.

În acest context, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă, în respingerea ofertei sale, a dat dovadă de un formalism excesiv, încălcând, totodată, principiul proporționalității și eficienței utilizării fondurilor publice, motiv pentru care apreciază că se impune admiterea contestației.

Prin punctul de vedere înregistrat la Consiliu cu nr. 30969/21.06.2022, autoritatea contractantă a solicitat, în principal, respingerea contestației, pentru neconstituirea cauțiunii sau, după caz, ca lipsită de interes și, în subsidiar ca nefondată.

Cu privire la respingerea contestației pentru neconstituirea cauțiunii, autoritatea contractantă precizează că această sancțiune se impune a fi dispusă în situația în care autoarea contestației nu face dovada respectării prevederilor art. 61¹ din Legea nr. 101/2016.

În ceea ce privește lipsa de interes în formularea contestației, autoritatea contractantă invocă faptul că, prin contestație,

contestatoarea recunoaște că nu a încărcat în termen cazierul judiciar al terțului său susținător. În susținerea deciziei sale, autoritatea contractantă invocă jurisprudența Consiliului, prin care, în mod constant, au fost respinse contestațiile prin care se solicita nesanționarea prezentării răspunsurilor în termenele stabilite de comisia de evaluare.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă arată că oferta depusă s-a clasat pe locul 3 în clasament, pe locul 2 fiind clasată cea depusă de ALMER PROIECT SRL, inclusiv această ofertă fiind sancționată pentru netransmiterea în termen a cazierului judiciar. Or, în situația în care s-ar admite contestația, în baza principiului tratamentului egal, ar trebui reevaluată și oferta clasată pe locul doi, situație în care oferta contestatoarei tot nu ar putea deveni câștigătoare a procedurii.

Pe fond, arată că, în baza procesului-verbal nr. 11017/20.05.2022 a solicitat ofertantului .. să prezinte documentele justificative în susținerea informațiilor prezentate în DUAE, până la data de 27.05.2022.

Ca urmare a primirii în termen a răspunsului contestatoarei, prin adresa nr. 11672/30.05.2022, acesteia i-a fost transmisă o nouă solicitare, respectiv aceea de a preciza unde anume în cadrul documentelor transmise ca urmare a primei solicitări se află cazierul judiciar al terțului susținător

Răspunsul transmis de contestatoare prin care aceasta a atașat cazierul judiciar nr. 32146397/26.05.2022, precizând, totodată, că, dintr-o eroare materială acesta nu a fost încărcat ca urmare a solicitării inițiale, a fost apreciat ca neconcludent motivat de faptul că respectivul cazier nu a fost transmis în termenul solicitat, respectiv până la 27.05.2022, inclusiv.

Ca urmare a studierii dosarului aflat pe rolul Consiliului, ... a transmis concluziile scrise înregistrate la Consiliu cu nr. 34328/11.07.2022, prin care a solicitat respingerea excepțiilor invocate de autoritatea contractantă menținându-și, totodată, solicitările din cuprinsul contestației.

Astfel, solicită respingerea excepției neconstituirii cauțiunii motivat de faptul că obligația prevăzută la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016 a fost îndeplinită.

De asemenea, solicită și respingerea excepției lipsei de interes în formularea contestației, deoarece:

- presupunerea autorității contractante conform căreia nesanționarea ofertei ... ar trebui să atragă și nesanționarea ofertei clasată pe locul 2 și, implicit, declararea acesteia drept câștigătoare a procedurii, este eronată;

- în primul rând, nu a prezentat dovada că ar avea subcontractant cu atestat de obținere aviz gospodărire a apelor și nici subcontractant pentru efectuarea studiilor geotehnice;

- în al doilea rând, niciunul din ofertanții clasati pe primele două locuri nu a înțeles să conteste deciziile de respingere a propriilor oferte, astfel încât aceste decizii au caracter definitiv.

De asemenea, contestatoarea reia argumentele prezentate și în contestație, apreciind, încă o dată că, în contextul prezentei contestații, au relevanță solicitarea de clarificări a autorității contractante nr. 11019/DDB/VI.G.4/20.05.2002, la care a transmis răspunsul în termenul legal, respectiv în data de 20.05.2022, precum și solicitarea de clarificări nr. 11672/DDB/VI.G4/30.05.2022 căreia, de asemenea, i-a răspuns în termen.

Potrivit contestatoarei, la data răspunsului la cea de a doua solicitare de clarificări, autoritatea contractantă avea toate informațiile care au fost cerute, respectiv 00 Răspuns clarificare 11019-20.05 – documentele justificative pentru terțul susținător ... au fost atașate în fișierul 02 Documente justificative ... într-un număr de 68 de pagini; cazierul judiciar 32146397/26.05.2022 al operatorului economic ... a fost comunicat la data de 30.05.2022.

Cu toate că răspunsurile au fost concludente, în mod eronat, autoritatea contractantă a respins, ca inacceptabilă, oferta, prevederile art. 134 din HG nr. 395/2016 fiind eronat invocate. Autoritatea contractantă nu a precizat în decizia sa care sunt motivele concrete care au determinat decizia de respingere a ofertei, simpla trimitere la textele legale indicate generic neputând conduce la concluzia unei veritabile analize care să fi determinat decizia de respingere.

În plus, trimiterile autorității contractante la oferta ... sunt irelevante, atât timp cât acest operator economic nu a contestat decizia de respingere a ofertei sale, aceasta având caracter definitiv și obligatoriu.

Concluzionând, contestatoarea apreciază, în esență, că decizia de respingere a ofertei sale este nelegală și neoportună.

În lipsa unei motivări adecvate, contestatoarea presupune doar că eroarea de a nu fi încărcat certificatul de cazier judiciar al terțului său susținător până la data de 27.05.2022 deși acest exista, ar fi condus la respingerea ofertei sale.

Or, totalitatea mijloacelor puse la dispoziția autorității contractante trebuie să rămână într-un raport echitabil cu ceea ce le determină. Proportionalitatea reprezintă un criteriu decisiv în evaluarea legalității actelor și acțiunilor instituțiilor statului, inclusiv celor aparținând autorităților contractante în procesul de atribuire a contractelor de achiziție publică.

În acest context, contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă a dat dovadă de un formalism excesiv în respingerea ofertei, încălcând principiile proporționalității și eficienței utilizării a fondurilor publice.

Preliminar, Consiliul constată că a înaintat Consiliului contestația de față, depunând, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. ... din data de 21.06.2022, în valoare de 12.500 lei, eliberată de CEC Bank.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

... a organizat o procedură simplificată, în vederea atribuirii contractului având ca obiect achiziție „SERVICII DE PROIECTARE ȘI ASISTENȚĂ TEHNICĂ PENTRU OBIECTIVUL – MODERNIZARE ȘI CONSOLIDARE DRUM JUDEȚEAN DJ 107V; DJ107 – ALECUȘ – DJ 107D”, inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. SCN 1102369, criteriul de atribuire aplicat fiind „prețul cel mai scăzut”. Valoarea totală estimată este 625.000 euro, fără TVA.

Nemulțumită de modul de evaluare al ofertei sale, ... a formulat prezenta contestație.

Analizând cu prioritate excepțiile invocate de autoritatea contractantă, Consiliul constată netemeinicia lor. În aprecierea acestei finalități, Consiliul are în vedere următoarele:

- a înaintat Consiliului contestația de față, depunând, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208131570/1 din data de 21.06.2022, în valoare de 12.500 lei, eliberată de CEC Bank, stabilită potrivit art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare. În aceste condiții, Consiliul va respinge ca nefondată excepția inadmisibilității contestației, invocată de autoritatea contractantă, pentru lipsa cauțiunii, respectiv neconstituirea cauțiunii în termenul legal;

- În soluționarea excepției lipsei de interes a contestatoarei, invocată de autoritatea contractantă, Consiliul reține dispozițiile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căroră: „orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi”. Față de aceste aspecte, rezultă „ipso facto” că persoana care formulează o contestație, trebuie să îndeplinească cumulativ două condiții și anume: are sau a avut un interes legitim în legătură cu procedura de atribuire și a suferit, suferă sau riscă să sufere prejudicii urmare a actului autorității contractante. Astfel, interesul este folosul practic, imediat pe care-l are o parte pentru a justifica punerea în mișcare a procedurii de soluționare a contestației. Potrivit informațiilor din dosarul cauzei și a susținerilor părților, oferta contestatoarei a fost respinsă. Se constată astfel că, în condițiile în care se solicită reevaluarea ofertei sale, este îndeplinită condiția cumulativă a vătămării dreptului ori interesului legitim al contestatoarei ce s-ar fi produs printr-un act considerat nelegal al autorității contractante emis cu încălcarea

dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, așa cum dispune art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, societatea contestatoare având calitatea de parte vătămată. Față de cele de mai sus, Consiliul va respinge excepția lipsei de interes a contestatoarei, invocată de autoritatea contractantă.

Procedând la analiza cauzei, Consiliul reține că, potrivit raportului procedurii nr. 12521/DDB/VI.G.4/9 iunie 2022, oferta contestatoarei a fost respinsă, ca inacceptabilă și neconformă, întrucât „(...) informațiile preliminare din DUAE nu au fost demonstrate de ofertantul (...)”.

Ținând seama de prevederile art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, potrivit căroră: „înainte de atribuirea contractului de achiziție publică (...), autoritatea contractantă solicită ofertantului clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire să prezinte documente justificative actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE (...)”, Consiliul constată că acest aspect a făcut obiectul clarificărilor, respectiv, prin adresa nr. 11019/DDB/VI.G.4/20.05.2022, autoritatea contractantă i-a solicitat contestatoarei să prezinte „(...) documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin DUAE (...)”.

La această solicitare, contestatoarea a răspuns în data de 20.05.2022.

Consiliul reține că, deși i s-a solicitat explicit să depună documentele justificative prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție în conformitate cu cele declarate în DUAE, fiind indicate expres, pe lângă alte documente, și caziere judiciare, prin adresa de răspuns, a prezentat documentele solicitate, mai puțin cazierul judiciar pentru terțul susținător declarat-.....

În aceste condiții, riscul întocmirii răspunsului la solicitările de clarificări, la fel ca și cel al întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al nedepunerii în cadrul ofertei sale sau a răspunsului la solicitările de clarificări a documentelor solicitate de către autoritatea contractată potrivit principiului „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, în condițiile în care autoritatea contractantă a menționat în mod expres, în cadrul documentației de atribuire care sunt criteriile de calificare și selecție iar în cadrul solicitării de clarificări, care sunt documentele necesare în vederea demonstrării acestora și sancțiunea pentru nedepunerea acestor documente.

La punctul 39 din Hotărârea pronunțată în cauza **C-27/15, CJUE** a reținut că: „Astfel, conform unei jurisprudențe constante a Curții, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi

revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși lea stabilit (a se vedea în special Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43)”

iar la punctul 42 din aceeași hotărâre a reiterat că *„astfel cum sa amintit la punctul 39 din prezenta hotărâre, autoritatea contractantă are obligația de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși lea stabilit”*

și a precizat că: *„această considerație este cu atât mai importantă cu cât miza este excluderea din procedură”*.

Ulterior, prin adresa nr. 11672/DDB/VI.G.4/30.05.2022, autoritatea contractantă a revenit cu următoarea solicitare: *„se solicită ofertantului să precizeze unde în cadrul răspunsului se găsește cazierul judiciar al operatorului economic ..., CUI 3458780, J5/428/1993-terț susținător”*.

La această adresă, contestatoarea a transmis cazierul judiciar constatat a fi lipsă, răspuns considerat neconcludent de către autoritatea contractantă, care a procedat la respingerea ofertei contestatoarei.

Consiliul constată că societatea contestatoare susține că, din cauza unei omisiuni, respectivul înscris nu a fost încărcat și arhivat în SEAP, dar și incidența dispozițiile art. 135 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

Având în vedere că procedura de față este una simplificată, Consiliul constată, pe de o parte, că legiuitorul a instituit *un drept* al autorității contractante de a solicita ofertantului, oricând pe parcursul procedurii, parte sau toate documentele suport DUAЕ, iar, pe de altă parte, *obligația* de a solicita ofertantului clasat pe primul loc în clasamentul intermediar toate documentele justificative în demonstrarea DUAЕ-ului depus.

În aceste condiții, contrar susținerilor contestatoarei, comisia de evaluare nu avea dreptul să reitereze solicitarea de depunere a cazierului judiciar pentru terțul susținător, având în vedere că un astfel de demers ar constitui avantaj evident în favoarea contestatoarei cu încălcarea prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 care interzic determinarea apariției unui avantaj ca urmare a solicitării unor clarificări, prin ignorarea prevederilor exprese și imperative ale art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, conform cărora: *„În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/ completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă”*.

În aceste condiții, Consiliul stabilește că, membri comisiei de evaluare nu avea obligația să reitereze solicitarea de depunere a cazierului judiciar pentru terțul susținător dovedit a fi lipsă și nici de a accepta documentul completator pe care acesta a înțeles să-l prezinte.

Luând în considerare aspectele prezentate, Consiliul constată că această verificare a ofertei contestatoarei s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, criticile privind nelegalitatea evaluării ofertei sale sunt neîntemeiate, urmând să fie respinse, ca nefondate.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept mai sus prezentate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația depusă de ..., în contradictoriu cu

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, potrivit prevederilor art. 29 și art. 32 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

Respinge ca nefondate, excepțiile invocate de autoritatea contractantă.

Respinge, ca nefondată, contestația depusă de ..., în contradictoriu cu

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactat practica Deciziei

....

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 8 (opt) pagini.