



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

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația nr., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., depusă de SA, în calitate de lider al asocierii SA - SRL, cu sediul în municipiul, județul, având Cod Unic de Înregistrare și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului, reprezentată legal prin administrator și convențional prin, cu sediul procesual ales la din, privind procedura simplificată, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect "...., ...", cod CPV 45240000-1, organizată de, cu sediul în, județul, în calitate de autoritate contractantă, contestatorul a solicitat:

1. anularea adresei înregistrată cu nr. A1521/01.03.2021 privind comunicarea rezultatului procedurii (Anexa nr. 1);
2. anularea raportului procedurii cu nr. A1513/01.03.2021 (Anexa nr. 2);
3. anularea deciziei prin care oferta sa a fost declarată admisibilă, însă clasată pe locul II, a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestora, precum și a actelor subsecvente;
4. anularea deciziilor prin care oferta asocierii SRL a fost declarată admisibilă și conformă, a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestora, precum și a actelor subsecvente;

5. anularea deciziei prin care oferta asocierii SRL a fost declarată câştigătoare, a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acesteia, precum şi a actelor subsecvente;

6. obligarea autorităţii contractante la reluarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertei asocierii SA (lider) - ... SRL de la etapa verificării admisibilităţii acesteia.

..... SA, în calitate de lider al asocierii SA - SRL, cu sediul în municipiul, având Cod Unic de Înregistrare şi număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului, reprezentată legal prin împuternicit, depune cererea de intervenţie nr., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr., prin care solicită:

- admiterea, în principiu, a cererii de intervenţie, astfel cum a fost formulată în temeiul dispoziţiilor Legii nr. 101/2016, coroborate cu cele ale Codului de Procedură Civilă;

- respingerea contestaţiei promovate de contestator ca nefondată şi neîntemeiată, atât în ceea ce priveşte toate solicitările acestuia detaliate la punctele 1-5 din cuprinsul contestaţiei, cât şi obligarea autorităţii contractante la reluarea procedurii prin reevaluarea ofertei depusă de asocierea câştigătoare de la etapa verificării admisibilităţii acesteia;

- menţinerea rezultatului procedurii şi, pe cale de consecinţă, constatarea legalităţii declarării ofertei asocierii sale ca fiind câştigătoare.

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

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţia de faţă, prin care SA reclamă rezultatul procedurii de atribuire menţionată în partea introductivă, apreciindu-l nelegal, din considerentele expuse, pe larg, în cele ce urmează.

Contestatorul precizează că, în cadrul procedurii de atribuire, a depus o ofertă admisibilă şi competitivă, aşa cum indică şi autoritatea contractantă prin raportul procedurii, în sensul că a îndeplinit toate cerinţele şi exigenţele impuse prin documentaţia de atribuire.

Prin intermediul comunicării rezultatului procedurii, precum şi a raportului procedurii, contestatorul menţionează că a fost informat că oferta depusă de societatea sa a fost declarată admisibilă, însă a ocupat locul II în clasament, cu o valoare de 17.184.919,31 lei fără TVA, oferta câştigătoare fiind cea depusă de către asocierea SRL SA - lei fără TVA.

Ca urmare a studierii dosarului achiziţiei la sediul autorităţii contractante, la data de 03.03.2021, contestatorul precizează că din documentele puse la dispoziţie a constatat faptul că autoritatea contractantă nu a efectuat o evaluare temeinică a ofertei depusă de asocierea SRL - SRL, sub toate aspectele acesteia şi pe probe concludente, materializată într-un act de evaluare.

Astfel, în opinia contestatorului, în principal, se impunea ca oferta asocierii să fie exclusă, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016 pentru declarațiile false efectuate în legătură cu subcontractantul SA, iar, în subsidiar, să fie declarată ca inacceptabilă, în temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, coroborate cu normele art. 137 alin. (2) lit. b) și d) din HG nr. 395/2016 pentru motivele pe care le va prezenta exhaustiv în continuare.

Contestatorul arată că în același sens a reținut și Curtea de Apel Constanța, prin Sentința civilă nr., pronunțată în ședința publică din 17 iulie 2019, în dosarul, pagina 28, astfel: *"Orice decizie a autorității privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, pe probe concludente, materializată într-un act de evaluare"*.

Cu titlu preliminar, contestatorul menționează că trebuie avut în vedere că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului și-a consolidat forța obligatorie, atât pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, cât și pentru autoritatea contractantă, așa cum rezultă din prevederile art. 75 din Legea nr. 98/2016, coroborate cu cele ale art. 123 din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare.

În concordanță cu cele afirmate anterior, contestatorul indică și decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de Contencios administrativ și fiscal care reține că, așa cum un contract constituie legea părților și documentația de atribuire, împreună cu clarificările publicate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

De asemenea, contestatorul arată că în același sens este și practica Consiliului, reținută chiar prin Decizia CNSC, astfel: *Prin urmare, se reține că prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cele mai mic detaliu. După cum a reliefat și Consiliul, particularitățile procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică impun o rigoare deosebită, atât din partea autorităților contractante, cât mai ales, din partea celor care doresc să obțină aceste contracte finanțate din fonduri publice. În aceste condiții orice operator economic interesat să participe la o astfel de procedură trebuie să manifeste o diligență sporită, încât să nu existe suspiciuni sau neclarități cu privire la oferta sa și astfel să prevină orice risc de respingere a ei.*

Totodată, contestatorul arată că în aceeași direcție, Curtea de Apel Iași, Secția de Contencios administrativ și fiscal, a reținut în decizia că cerințele riguroase în materie de achiziții publice, presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă.

Similar, Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr., a statuat că, în materia achizițiilor sectoriale, operatorii economici trebuie să manifeste o diligență sporită, în privința cerințelor legale și a celor cuprinse în documentația de atribuire, având în vedere că au acceptat să se supună rigorilor acesteia. Și decizia civilă nr. a aceleiași instanțe își are însemnătate în fundamentarea concluziei de mai sus - *"Curtea reține că, în materia achizițiilor publice operatorii economici sunt datori, mai mult decât un simplu cetățean diligent, să cunoască dispozițiile legale incidente în formele în vigoare la data exercitării drepturilor procesuale, necunoașterea legii nefiind un motiv pentru eludarea acesteia"*.

Cu alte cuvinte, așa cum a reținut și Consiliul prin Decizia CNSC nr., particularitățile procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică impun o rigoare deosebită atât din partea autorităților contractante, cât și, mai ales, din partea celor care doresc să obțină aceste contracte finanțate din fonduri publice. În aceste condiții, orice operator economic interesat să participe la o astfel de procedură trebuie să manifeste o diligență sporită, încât să nu existe suspiciuni sau neclarități cu privire la oferta sa și, astfel să prevină orice risc de repingere a ei.

Detalierea motivelor de inadmisibilitate a ofertei asocierii SA - SRL

1) Oferta asocierii câștigătoare trebuia declarată ca fiind inacceptabilă, în temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016

Contestatorul prezintă cerința impusă prin fișa de date achiziției, la cap. III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale Informații și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate: *"În cazul depunerii unei oferte în asociere, fiecare asociat are obligația de a demonstra îndeplinirea cerinței pentru partea de contract pe care o realizează"*.

De asemenea, așa cum se poate constata din documentele existente la dosarul achiziției, contestatorul precizează că autoritatea contractantă a pus la dispoziție ofertanților și un model de formular - formularul nr. 2 - Acord de asociere.

Contestatorul menționează că neconformitatea ofertei este pe deplin demonstrată în situația din speță din maniera defectuoasă de întocmire a acordului de asociere, asocierea câștigătoare neprecizând, în concret, care sunt activitățile care revin fiecărui ofertant. Modalitatea de întocmire a acordului de asociere, nu poate fi, în niciun moment, considerată reală și corectă, având în vedere că nu se precizează care sunt, efectiv, tipurile/categoriile de lucrări executate de fiecare dintre cei doi asociați.

Raportat la această situație, contestatorul arată că prin solicitarea de clarificări cu nr. A12463/16.11.2020, autoritatea contractantă a solicitat asocierii câștigătoare să procedeze la detalierea părții din contract ce o va executa fiecare membru al asocierii prin enumerarea obiectivelor/categoriilor de lucrări ce revin fiecărui ofertant.

Contestatorul arată că, prin răspunsul înregistrat cu nr., asocierea câștigătoare a transmis răspunsul la clarificări, răspuns pe care îl prezintă succint în continuare, astfel:

✓ Autoritatea contractantă nu a solicitat prin documentația de atribuire detalierea părții din contract ce o va executa fiecare membru al asocierii prin enumerarea obiectivelor/categoriilor de lucrări ce revine fiecărui ofertant;

✓ Asocierea a respectat cerințele minime solicitate de autoritatea contractantă prin formularul 2, respectiv model de formular de acord de asociere;

✓ Atât liderul cât și asociatul - vor contribui și vor executa împreună - art 7. din Acordul de Asociere - au decis să se susțină reciproc;

✓ Asocierea și-a luat angajamentul în oferta tehnică că propunerea tehnică și proiectul tehnic - vor corespunde cu cerințele din caietul de sarcini.

Cu alte cuvinte, asocierea câștigătoare învederează autorității contractante faptul că a depus, în cadrul ofertei, un acord de asociere care respectă întocmai modelul propus de către autoritatea contractantă în formularele publicate în SEAP, solicitând în acest sens a se compara conținutul acordului de asociere depus de către ea și cel a) Formularului 2, publicat în SEAP, ignorând astfel cerința impusă prin fișa de date a achiziției, la cap. III.1.1.b).

Contestatorul arată că potrivit principiului de drept „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, invocarea propriei culpe nu este clauză de exonerare a răspunderii legale, inclusiv din perspectiva respectării Legii nr. 98/2016 și a HG nr. 325/2016. Dimpotrivă, este dovadă că, la elaborarea ofertei, ofertantul nu a respectat documentația de atribuire.

Potrivit art. 133 alin. (1) și (2) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, una dintre atribuțiile comisiei de evaluare este de a verifica fiecare ofertă atât din punct de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punct de vedere al aspectelor financiare pe care le implică.

Contestatorul precizează că, constatând modul în care autoritatea contractantă a verificat oferta prezentată de asocierea câștigătoare, se poate observa caracterul defectuos al verificării efectuate de comisia de evaluare și a deciziei luate de aceasta, sesizând că acest aspect criticat de societatea sa a făcut obiectul unor solicitări de clarificări și, cu toate acestea, deși nu au fost enumerate obiectivele/categoriile de lucrări ce revin fiecărui ofertant nici prin ofertă și nici prin răspunsul la clarificare, autoritatea contractantă consideră, în mod eronat, răspunsul la clarificări înregistrat cu nr. 01/1865/17.11.2020 ca fiind concludent.

Având în vedere cele anterior menționate, contestatorul solicită Consiliului să aprecieze ca fiind neconcludent răspunsul la clarificări înregistrat cu nr. 01/1865/17.11.2020, nefiind precizate obiectivele/categoriile de lucrări ce revine fiecărui ofertant, în speță fiind incidente dispozițiile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016: „(5) În cazul în care comisia de evaluare solicita 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 împrejurări, separat de faptul că răspunsul ofertantului nu putea fi considerat concludent, contestatorul arată că concluzia la care poate ajunge Consiliul este în sensul că, în prezent, o solicitare suplimentară de clarificări pe această temă ar conduce la favorizarea asocierii SA - SRL. Cu alte cuvinte, în prezent, o nouă sesiune de clarificare pe tema detalierii părții din contract ce o va executa fiecare membru al asocierii prin enumerarea obiectivelor/categoriilor de lucrări ce revin fiecărui ofertant ar conduce autoritatea contractantă la nerespectarea dispozițiilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, conform cărora aceasta nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.

Contestatorul precizează că este cât se poate de clar, iar prevederile legale sunt în acest sens, că asocierea câștigătoare avea obligația de a se conforma solicitării autorității contractante, aceasta neputând pretinde ca autoritatea contractantă să fie obligată să-i solicite prezentarea aceluiași documente de nenumărate ori până când aceasta se conformează întocmai. Modul în care ofertantul a răspuns solicitărilor de clarificări a autorității contractante este rezultatul propriei conduite aleasă în îndeplinirea obligațiilor ce îi reveneau în calitate sa de participant la procedura de atribuire. Riscul întocmirii răspunsului la solicitarea de clarificări, ca de altfel și al întocmirii ofertei, cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă, iar, pe de altă parte, autoritatea contractantă a menționat în mod expres, atât în cadrul documentației de atribuire, cât și în solicitarea de clarificări, să se precizeze obiectivele/categoriile de lucrări ce revin fiecărui ofertant.

2) Oferta Asocierii câștigătoare trebuia exclusă în temeiul art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016 - emiterea și utilizarea de declarații false

Contestatorul arată că potrivit fișei de date a achiziției, la cap. III.1.1.a) *"Situația personală a candidatului sau ofertantului, Informații și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate: Ofertantul/ofertantul asociat/ terțul susținător/ subcontractantul nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, 165, 167 din Legea nr. 98/2016. Modalitatea de îndeplinire a cerinței constă în prezentarea DUAЕ, inclusiv de asociați/ terți susținători/ subcontractanți conf. art. 193, alin. (1) din Legea nr. 98/2016 (se va consulta Ghidul de utilizare DUAЕ elaborat de ANAP disponibil la adresa www.anap.gov.ro) Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ urmează a fi prezentate, la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire asupra ofertelor admisibile, împreună cu asociat, subcontractant, terț susținător, dacă este cazul".*

Astfel cum se poate constata din documentele existente la dosarul achiziției, contestatorul arată că, la data de 28.10.2020, ora 15:00 (data limită de depunere a ofertelor), prin DUAЕ prezentat în procedură ia

partea Partea II: Informații referitoare la operatorul economic - B: INFORMAȚII PRIVIND REPREZENTANȚII OPERATORULUI ECONOMIC - e) Operatorul economic va fi în măsură să furnizeze un certificat cu privire la plata contribuțiilor la asigurările sociale și plata impozitelor sau să furnizeze informații care să îi permită autorității contractante sau entității contractante să obțină acest certificat direct prin accesarea unei baze de date naționale sau în orice stat membru, disponibilă în mod gratuit - subcontractantul ... SA a bifat DA.

În plus, la Partea III: *Motive de excludere - B: MOTIVE LEGATE DE PLATA IMPOZITELOR SAU A CONTRIBUȚIILOR LA ASIGURĂRILE SOCIALE: Operatorul economic și-a încălcat obligațiile cu privire la plata impozitelor, atât în țară în care este stabilit, cât și în statul membru al autorității contractante sau entității contractante, în cazul în care este diferit de țara de stabilire?* - subcontractantul a bifat NU.

În mod similar, contestatorul arată că la Partea III: *Motive de excludere - B: MOTIVE LEGATE DE PLATA IMPOZITELOR SAU A CONTRIBUȚIILOR LA ASIGURĂRILE SOCIALE - Operatorul economic și-a încălcat obligațiile cu privire la plata taxelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale, atât în țară în care este stabilit, cât și în statul membru al autorității contractante sau entității contractante, în cazul în care este diferit de țara de stabilire?* - subcontractantul a bifat NU.

Contestatorul menționează că aceste declarații din DUAЕ au fost efectuate până la data de 28.10.2020, ora 15:00, această dată reprezentând data limită de depunere a ofertelor în cadrul prezentei proceduri.

La data respectivă în sarcina Subcontractantului SA exista Decizia de impunere suplimentară nr. 1453/20.03.2018 (în sumă de 432.340,00 lei). Anularea acestei decizii a constituit obiectul dosarului aflat pe rolul Curții de Apel Galați cu nr. ..., calea de atac a recursului fiind înregistrată la 07.07.2020 (anterior datei limită de depunere a ofertelor), iar soluția în acest dosar fiind pronunțată la data de 22.12.2020 - prin Hotărârea nr. ... din 22.12.2020 astfel: Respinge recursul ca nefondat Definitivă. Document: Hotărâre În susținere, contestatorul anexează extras de pe portalul instanțelor de judecată (Anexa 3 la contestație).

Mai mult, deși SA a încercat să conteste executarea silită a deciziei de impunere anterior-menționată, în Dosarul nr. ... al Judecătoriei s-a dispus exclusiv suspendarea judecării cauzei până la soluționarea Dosarului nr. ... având ca obiect anularea deciziei de impunere.

Contestatorul precizează că, așa cum a reținut și Curtea de Apel Constanța prin Sentința civilă nr., cădea în sarcina autorității contractante să verifice aspectele anterior subliniate, or din niciun document regăsit în dosarul achiziției nu reiese o minimă analiză în sensul arătat anterior, deși aceste informații puteau fi verificate pe portalul instanțelor de judecată, respectiv dosarul cu numărul ..., aflat pe rolul Curții de Apel Galați.

Astfel, contestatorul consideră că insuficiența actualei evaluări este vădită în contextul în care autoritatea nu poate admite și, implicit,

desemna câștigătoare o ofertă fără a verifica în prealabil, cu atenție sporită, dacă se încadrează într-una dintre situațiile de excludere reglementate.

Prin urmare, contestatorul învederează faptul că asocierea SA - SRL, prin intermediul DUAЕ inițial pentru subcontractantul SA nu a prezentat aceste informații, împrejurare sancționată cu excluderea asocierii potrivit art. 167 lit. h) din Legea 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:

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”.

În mod evident, declarația inițială a asocierii când a bifat "NU" pentru subcontractantul SA a avut efect asupra a ceea ce urma să verifice autoritatea contractantă în privința motivelor de excludere.

În primul rând, având în vedere împrejurările prezentei spețe, contestatorul apreciază că asocierea SA - SRL, prin intermediul DUAЕ inițial pentru subcontractantul SA, alegând să nu informeze autoritatea contractantă despre situația de excludere reglementată la art. 165 din Legea 98/2016 și-a asumat riscul respingerii ofertei sale, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, iar autoritatea contractantă, tolerând acest lucru nu a respectat propria documentație de atribuire, respectiv cerința de la cap. III.1.1 lit. a) din fișa de date care obligă să se completeze DUAЕ de către toți operatorii participanți la procedură, cu informații reale aferente situației lor. Contestatorul arată că în același sens este și practica constantă a CNSC, expusă prin Decizia nr., rămasă definitivă prin Decizia civilă nr. ..., pronunțată de Curtea de Apel Cluj (Anexa 4 la contestație).

Prin urmare, așa cum se evidențiază și prin decizia civilă nr. ... din 07 iulie 2020, pronunțată de Curtea de Apel Cluj (pagina 32), ofertantul nu are puterea de apreciere, ci are obligația de a face mențiunile respective în DUAЕ, urmând ca respectiva comisie de evaluare să analizeze dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor prevăzute la art. 165 din Legea nr. 98/2016.

În acest sens, contestatorul arată că prin Decizia civilă nr. ... din 07 iulie 2020, Curtea de Apel Cluj a reținut (pagina 32) astfel: "*Rezultă că este incidentă în mod neechivoc norma încorporată la art 180 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 99/2016 care prevede excluderea operatorului economic în cazul în care nu a prezentat informații în scopul verificării absenței de excludere. Acest motiv este suficient prin el însuși să conducă la excludere*".

Contestatorul mai arată că în același sens a reținut și Curtea de Apel Constanța prin Sentința civilă nr. ... (Anexa nr. 5 la contestație), pronunțată în ședința publică din 17 iulie 2019 (pagina 31), care subliniază importanța comportamentului operatorilor economici

participanți la o procedură de achiziție, respectiv corectitudinii informațiilor pe care aceștia le prezintă autorității contractante (în special, completării DUAЕ, în contextual prevederilor art. 193 din Legea 98/2016) care reprezintă elemente esențiale în aprecierea existenței cazurilor de excludere care vizează situația personală a acestora, astfel:

"Rezultă fără echivoc că declarația acestui ofertant a produs efecte în procedură, sens în care apreciem relevant a se face apel la Hotărârea CJUE din 4 mai 2017, pronunțată în cauza ... având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulate în temeiul articolului 267 TFUE de Camera Națională de Recurs, Polonia, prin decizia din 25 iulie 2014, în procedura Esaprojekt sp. Z.o.o. împotriva Wojewodztwo Lodzkie, în cuprinsul căreia s-au reținut printre altele:

66. *Prin intermediul celei de a șasea întrebări, instanța de trimitere solicită în esență să se stabilească dacă art. 45 alineatul (2) litera (g) din Directiva 2004/18, care permite excluderea unui operator economic de la participarea la un contract de achiziții publice, printre altele, în cazul în care s-a făcut grav vinovat de declarații false prin furnizarea informațiilor solicitate de autoritatea contractantă, trebuie interpretat în sensul că poate fi aplicat atunci când aceste informații sunt de natură să influențeze rezultatul cererii de ofertă, independent de faptul dacă operatorul economic a acționat cu intenție.*

67. *Pentru a răspunde la această întrebare, trebuie amintit că articolul 45 din Directiva 2004/18 prevede la alineatele (1) și (2) o serie de motive, obligatorii și, respectiv, facultative de excludere de la participarea, la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice a unui ofertant, motive care privesc situația personală a acestuia,*

68. *În particular, în sensul articolului 45 alineatul (2) litera (g) din directiva menționată, un operator economic poate fi exclus de la participarea la un contract de achiziții publice în cazul în care s-a făcut "grav vinovat" de declarații false prin furnizarea informațiilor solicitate de autoritatea contractantă sau nu a furnizat aceste informații.*

69. *Prin intermediul acestei întrebări adresate, Krajowa Izba Odwoławcza (Camera Națională de Recurs) solicită să se stabilească dacă, în scopul aplicării acestei dispoziții este necesar ca ofertantul să fi acționat cu intenție, iar informațiile prezentate autorității contractante să fi influențat sau să fi putut influența rezultatul cererii de ofertă.*

70. *În această privință, se impune în primul rând să se arate ca textul articolului 45 alineatul (2) litera (g) din Directiva 2004/18 nu conține nicio referire la comportamentul intenționat al operatorului economic. Prin urmare, constatarea unei astfel de conduite nu poate fi considerate drept un element necesar pentru excluderea unui asemenea operator de la participarea la un contract de achiziții publice.*

71. *Dimpotrivă, pentru a considera candidatul ofertant ca "grav vinovat în sensul dispoziției menționate și a-i exclude astfel de la un contract de achiziții publice, este suficient ca acesta să se fi făcut răspunzător de o neglijență de o anumită gravitate, și anume o neglijență de natură să aibă o influență determinantă asupra deciziilor de excludere, de selectare sau de atribuire a unui contract de achiziții publice.*

76. Or, după cum reiese din decizia de trimitere, declarațiile și informațiile furnizate de operatorul economic, în cauză au influențat într-adevăr rezultatul procedurii de atribuire a contractului în discuție în litigiul principal. Astfel, potrivit Krajowa izba Odwoławcza (Camera Națională de Recurs), Konsultant Komputer a câștigat cererea de ofertă tocmai pe baza acestor declarații și acestor informații".

Contestatorul arată că argumentația sa este susținută și de prevederile Regulamentului de punere în aplicare (UE) 2016/7 al Comisiei din 05.01.2016 de stabilire a formularului standard pentru documentul european de achiziție unic care în Anexa 1 „Instrucțiuni” prevede:

„DEAU constă într-o declarație pe propria răspundere a operatorilor economici, care prezintă dovezi preliminare și înlocuiește certificatele eliberate de autoritățile publice sau de părți terțe. În conformitate cu articolul 59 din Directiva 2014/24/UE, acest document este o declarație oficială a operatorului economic potrivit căreia nu se află într-una dintre situațiile în care operatorii economici sunt sau pot fi excluși. [...] Operatorii economici pot fi excluși din procedura de achiziții publice sau pot fi urmăriți în justiție în temeiul legislației naționale în cazuri grave de declarații false atunci când au completat DEAU sau, în general, atunci când au furnizat informațiile solicitate pentru verificarea absenței motivelor de excludere sau a îndeplinirii criteriilor de selecție ori în cazul în care nu au divulgat aceste informații sau nu au fost în măsură să prezinte documentele justificative”.

Astfel cum rezultă din Regulamentul Comisiei, prin această declarație pe propria răspundere - DUAЕ, operatorul economic prezintă dovezi preliminare cu privire la situația sa. În cazul de față, subcontractantul a declarat în mod oficial că nu se află în situația reglementată de art. 165 alin. din Legea nr. 98/2016, deși există o abatere de la obligațiile legale de plată a taxelor și impozitelor. Astfel, în deplină cunoștință de cauză, atât subcontractantul cât și liderul asocierii câștigătoare au făcut susțineri false și le-au folosit într-o declarație oficială pe propria răspundere menită să producă efecte - să fie declarat admis ofertantul.

Contestatorul arată că potrivit Hotărârii CJUE din 4 mai 2017, pronunțată în cauza C-387/14 având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Krajowa Izba Odwoławcza (Camera Națională de Recurs, Polonia), prin decizia din 25 iulie 2014, primită de Curte la 14 august 2014, în procedura *Esaprojekt sp. z.o.o. împotriva Wojewodztwo todzkie* s-a reținut printre altele că:

[...] „un operator economic poate fi exclus de la participarea la un contract de achiziții publice în cazul în care s-a făcut „grav vinovat” de declarații false prin furnizarea informațiilor solicitate de autoritatea contractanta sau nu a furnizat aceste informații [...].

pentru a considera candidatul ofertant ca fiind „grav vinovat” în sensul dispoziției menționate și a-l exclude astfel de la un contract de achiziții publice, este suficient ca acesta să se fi făcut răspunzător de o neglijență de o anumită gravitate, și anume o neglijență de natură să aibă o influență determinantă asupra deciziilor de excludere, de selectare sau de atribuire a unui contract de achiziții publice [...].

Or, după cum reiese din decizia de trimitere, declarațiile și informațiile furnizate de operatorul economic în cauză au influențat într-adevăr rezultatul procedurii de atribuire a contractului în discuție în litigiul principal. Astfel, potrivit Krajowa Izba Odwoławcza (Camera Națională de Recurs), Konsultant Komputer a câștigat cererea de ofertă tocmai pe baza acestor declarații și a acestor informații."

Contestatorul conchide că asocieria SA - SRL, prin intermediul DUAЕ inițial pentru subcontractantul SA nu a furnizat informații corespunzătoare realității prin intermediul DUAЕ în scopul verificării absenței motivelor de excludere potrivit dispozițiilor art. 165 din Legea nr. 98/2016, sens în care comisia de evaluare avea obligația impusă de textul de lege de a dispune excluderea acestuia din procedură.

Cu alte cuvinte, având în vedere că asocieria a cărei ofertă a fost declarată câștigătoare nu a prezentat aceste informații prin intermediul DUAЕ, influențând astfel rezultatul procedurii, contestatorul apreciază că se impunea respingerea acesteia din procedură, în baza art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, așa cum reține și Curtea de Apel Constanța prin Sentința civilă nr. ... (pagina 38).

Inclusiv în situația în care SA a exercitat cale de atac împotriva Deciziei de impunere suplimentară .. contestatorul menționează că această ipoteză nu schimbă situația de fapt, așa cum a reținut și CNSC prin Decizia publicată în B02017_3076, deși actul administrativ a fost contestat în instanță, cât timp el nu a fost anulat, se bucură de prezumția de legalitate și trebuie aplicat în continuare, pentru a da eficiență principiilor legalității și executării din oficiu a actelor administrative, ele fiind prezumate legale.

Contestatorul arată că în același sens reține și Consiliul, prin Decizia publicată în B02018_7117: *"Competența Consiliului în situația dată, este de a verifica legalitatea deciziei de respingere a ofertei asocierii, respectiv dacă aceasta se încadrează în cazul de excludere prevăzut de art 167 alin.1 lit. g din Legea nr.98/2016, iar nu de a verifica legalitatea documentului constatator și a stabili cine se face culpabil de situația expusă în acesta. Astfel, de vreme ce documentul constatator nu a fost anulat prin decizia definitivă a instanței de judecată, el produce efecte, situație în care, în cazul asocierii, este incident cazul de excludere din procedură prevăzut de art. 167 alin.1 lit.g din Legea nr.98/2016".*

Astfel, în lipsa unei hotărâri judecătorești prin care să fi fost suspendat și/sau a unei hotărâri judecătorești definitive prin care să fi fost anulată, decizia de impunere emisă operatorului economic se bucură de prezumția de legalitate, autenticitate și veridicitate și produce la acest moment toate efectele juridice în vederea cărora a fost emis, efectele sale juridice neputând fi înlăturate sau ignorate de comisia de evaluare.

De asemenea, contestatorul arată că practica administrativ-jurisdicțională și judiciară este constantă și în sensul sancționării prin excludere a operatorilor economici care nu aduc la cunoștința autorităților contractante potențiala situație de excludere, respectiv nu completează în mod real și complet DUAЕ:

- Decizia CNSC nr. din data de 29.05.2019: „Situția creată prin redepunerea DUAE revizuit ... echivalează cu o recunoaștere a faptului că prin intermediul DUAE inițial depus în cadrul ofertei, acesta a făcut o declarație neconformă cu realitatea, împrejurare sancționată cu excluderea ofertantului potrivit art. 167 lit. h) din Legea nr. 98/2016”;

- Decizia, Curtea de Apel Târgu Mureș: „prin modul în care a completat DUAE a evitat sancțiunea excluderii din procedură de către Comisia de evaluare, în raport de prevederile legale anterior indicate, dar și urmarea procedurii administrativ jurisdicționale/judiciare. Indiferent de aprecierea proprie a acesteia [...] avea obligația clară de a declara existența acestor acte și de a-și asuma posibilitatea de a fi exclusă din procedură, inclusiv de a urma proceduri judiciare în cadrul cărora să fie analizată relevanța acestor acte. O asemenea soluție este impusă inclusiv de principiul tratamentului egal, în sensul art. 2 din Legea 99/2016”.

Contestatorul solicită Consiliului să aibă în vedere și jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene prin care s-a statuat că menționarea unor aspecte false în documentele procedurii este suficientă în sine pentru a atrage respingerea ofertantului. Spre exemplu, prin Hotărârea *Esaprojekt* (pronunțată la data de 4 mai 2017 în cauza C-387/14), Curtea a considerat că nu era necesar caracterul intenționat al declarației false, fiind suficient ca operatorul să se fi făcut răspunzător de o neglijență de o anumită gravitate, și anume o neglijență de natură să aibă o influență determinantă asupra deciziilor de excludere, de selectare sau de atribuire a unui contract de achiziții publice.

De asemenea, contestatorul arată că Relevantă este și Hotărârea pronunțată de CJUE la 20 decembrie 2017 în Cauza C-178/16, *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani*. În speța respectivă, ofertantul nu menționase în oferta sa informația referitoare la situația penală a unui administrator condamnat pentru diferite infracțiuni. Curtea a considerat că o asemenea împrejurare era suficientă pentru a exclude ofertantul de la procedură de atribuire.

Totodată, contestatorul citează și Hotărârea CJUE pronunțată în Cauza *Meca* (19 iunie 2019) prin care s-au reținut următoarele: „Potrivit articolului 57 alineatul (5) din Directiva 2014/24, autoritățile contractante trebuie să poată exclude un operator economic „în orice moment în cursul procedurii”, iar nu numai după ce o instanță judecătorească și-a pronunțat hotărârea, ceea ce constituie un indiciu suplimentar al voinței legiuitorului Uniunii de a permite autorității contractante să își facă propria apreciere cu privire la faptele comise sau omise, fie înainte, fie în cursul procedurii de achiziții, în una dintre situațiile menționate la articolul 57 alineatul (4) din această directivă”.

Contestatorul solicită Consiliului să observe că aceste dezlegări obligatorii oferite de CJUE sunt aplicabile și în speță față de condițiile în care, de rea-credință, subcontractantul și membrii asocierii au ales să nu dezvăluie autorității contractante existența unor încălcări ale obligațiilor legale.

În concluzie, având în vedere că asocierea a cărei ofertă a fost declarată câștigătoare nu a prezentat informații esențiale prin intermediul

DUAЕ, influențând astfel rezultatul procedurii, contestatorul apreciază că se impunea respingerea acesteia din procedură, în baza art. 167 alin. (1) lit. h.) din Legea 98/2016, așa cum reține și Curtea de Apel Constanța prin Sentința civilă nr. 150/CA.

3) Imposibilitatea aplicării dispozițiilor art. 170 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016 - privind înlocuirea subcontractantului SA

Cu titlu preliminar, contestatorul supune atenției Consiliului dispozițiile art. 170 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, astfel:

Art. 170. - (1) *Autoritatea contractantă are obligația de a verifica inexistența unei situații de excludere prevăzute la art 164, 165 și 167 în legătură cu subcontractanții propuși.*

(2) *În cazul în care este identificată o situație de excludere, cu aplicarea în mod corespunzător a dispozițiilor art. 171, autoritatea contractantă solicită ofertantului/candidatului o singură dată să înlocuiască un subcontractant în legătură cu care a rezultat, în urma verificării, că se află în această situație.*

Din interpretarea gramaticală a dispozițiilor art 170 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, rezultă indubitabil că, înlocuirea unui subcontractant poate fi solicitată doar cu aplicarea dispozițiilor art. 171 din Legea nr. 98/2016, astfel:

Art. 171. - (1) *Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art 164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.*

(2) *În cazul în care autoritatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire.*

Astfel, contestatorul precizează că din interpretarea gramaticală, logică, teleologică (ținând cont de scopul legii) și sistematică (bazată pe coroborarea textelor legale de așa manieră încât interpretările acestora să se concilieze) a legislației incidente, rezultă indubitabil că, înlocuirea unui subcontractant poate fi solicitată doar cu aplicarea dispozițiilor art. 171 din Legea nr. 98/2016. Or, astfel cum se poate constata, la art. 171 nu este reglementată ipoteza de la art. 165 din Legea nr. 98/2016, respectiv nu este prevăzută posibilitatea înlocuirii unui subcontractant care se află în ipoteza art. 165 din Legea nr. 98/2016.

În altă ordine de idei, nu este prevăzută posibilitatea înlocuirii unui subcontractant care se află în următoarea situație:

Art 165.

(1) *Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire orice operator economic despre care:*

a) *fie are cunoștința că și-a încălcat obligațiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat, iar acest lucru a fost stabilit printr-o hotărâre judecătorească sau decizie*

administrativă având caracter definitiv și obligatoriu în conformitate cu legea statului în care respectivul operator economic este înființat sau cu cele ale statului membru al autorității contractante;

b) fie poate demonstra prin orice mijloace adecvate că respectivul operator economic și-a încălcat obligațiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat

(2) Operatorul economic nu este exclus din procedura de atribuire dacă, anterior deciziei de excludere, își îndeplinește obligațiile prin plata impozitelor, taxelor sau contribuțiilor la bugetul general consolidat datorate ori prin alte modalități de stingere a acestora sau beneficiază, în condițiile legii, de eşalonarea acestora ori de alte facilități în vederea plății acestora, inclusiv, după caz, a eventualelor dobânzi ori penalități de întârziere acumulate sau a amenzilor.

În lumina celor prezentate, contestatorul apreciază că, în mod eronat, autoritatea contractantă a solicitat asocierii SA - SRL, prin adresa cu nr. A-1163 din data de 16.02.2021 înlocuirea subcontractantului, având în vedere că, motivul de excludere reglementat de art. 165 din Legea nr. 98/2016 nu se regăsește în cuprinsul art. 171 care reglementează în mod strict situațiile în care poate fi înlocuit un subcontractant.

Cu privire la excluderea din procedură pentru neplata taxelor și impozitelor, contestatorul menționează și Preambulul Directivei nr. 24/2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE, astfel:

"(101) Autorităților contractante ar trebui să li se ofere în continuare posibilitatea de a exclude operatorii economici care s-au dovedit a nu fi fiabili, de exemplu din motive de încălcare a obligațiilor de mediu sau sociale, inclusiv a normelor privind accesibilitatea pentru persoanele cu handicap sau alte forme de comitere a unei abateri profesionale grave, cum ar fi încălcări ale normelor de concurență sau a drepturilor de proprietate intelectuală. Ar trebui să se clarifice faptul că abaterile profesionale grave pot arunca un dubiu asupra integrității unui operator economic și astfel fac ca operatorul economic să devină inadecvat pentru a i se atribui un contract de achiziții publice, chiar dacă operatorul economic deține capacitatea tehnică și economică de a executa contractul.

Ținând seama de faptul că autoritatea contractantă va fi responsabilă pentru consecințele eventualei sale decizii eronate, autoritățile contractante ar trebui, de asemenea, să dispună în continuare de libertatea de a considera că a existat o abatere profesională gravă, în cazul în care, înainte de luarea unei decizii finale și obligatorii privind prezența motivelor obligatorii de excludere, pot demonstra, prin orice mijloace adecvate, că operatorul economic a încălcat obligațiile care îi revin, inclusiv obligațiile legate de plata impozitelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale, cu excepția unor dispoziții contrare dreptul intern. Acestea ar trebui de asemenea, să fie în măsură să excludă candidați sau ofertanți a căror performanță în alte contracte de achiziții publice din trecut a arătat deficiențe majore în ceea ce privește cerințele de fond, de

exemplu, nerespectarea obligației de a furniza sau de a executa, deficiențe semnificative ale produsului sau ale serviciului furnizat, ceea ce le face inutilizabile pentru scopul propus, sau un comportament necorespunzător care aruncă îndoieli serioase cu privire la fiabilitatea operatorului economic. Legislația națională ar trebui să prevadă o durată maximă pentru aceste excluziuni.

De asemenea, contestatorul supune atenției Consiliului și următorul caz practic: Speța 653 - publicată pe portalul achizitiipublice.gov.ro, astfel:

"Consiliere metodologică privind posibilitatea comisiei de evaluare de a considera ca fiind suficientă, la evaluarea documentelor suport DUAЕ, prezentarea certificatelor de atestare fiscală numai pentru sediul social (eventual și pentru punctele de lucru/sediile secundare aflate în județul/orașul în care își află sediul entitatea contractantă) pentru demonstrarea îndeplinirii cerinței privind obligațiile privind plata impozitelor și taxelor locale, în cazul ofertantului clasat pe primul loc care deține un număr foarte mare de puncte de lucru/sedii secundare.

Data publicării: 5 iul. 2018,16:46:42

Răspuns:

Entitatea contractantă are obligația de a solicita și ofertantul clasat pe primul loc are obligația de a prezenta certificatele de atestare fiscală și pentru punctele de lucru/sediile secundare înscrise în certificatul O.N.R.C. Menționăm că raționamentul pentru care se solicită certificatele de atestare fiscală pentru toate punctele de lucru/sediile secundare este acela că demonstrarea neîncadrării în prevederile art. 178 din Legea nr. 99/2016 trebuie realizată prin raportare la operatorul economic în ansamblul său, format din toate sediile secundare/punctele de lucru ce îl reprezintă/intră în componența lui. Faptul că entitatea contractantă nu a prevăzut în mod expres în documentele achiziției cerința privind prezentarea documentelor justificative de neîncadrare în prevederile art. 178 din Legea nr. 99/2016 și pentru sediile secundare (în cazul în care acestea există) nu poate constitui, în baza celor exprimate mai sus, un temei de nesolicitare/neprezentare a documentelor în cauză, având în vedere că, prin participarea unui astfel de operator economic la procedură, acesta trebuie să își asume răspunderea referitoare la îndeplinirea condițiilor de participare impuse prin documentația de atribuire prin raportare la întreaga entitate pe care o reprezintă. Aceste concluzii se desprind și din deciziile Curții de Apel Bacău menționate (Decizia nr. 1562/11.04.2013 și Decizia nr. 1865/05.10.2012), unde sunt invocate prevederile legale aplicabile, din afara cadrului legislativ din domeniul achizițiilor publice, care, coroborat, conduc la concluzia că certificatele de atestare fiscală privind plata impozitelor și taxelor locale trebuie prezentate și pentru sediile secundare/punctele de lucru. În ceea ce privește răspunsul operatorului economic clasat pe primul loc, ce a comunicat entității contractante, la solicitarea documentelor suport DUAЕ, că nu poate să prezinte certificatele de atestare fiscală privind impozitele și taxele locale pentru toate punctele de lucru/sediile secundare, motivând dificultăți și cheltuieli nejustificate privind obținerea acestor documente,

subliniem că rolul DUAЕ este tocmai acela de reducere a efortului administrativ aferent depunerii ofertelor pentru toți operatorii economici participanți la procedura de atribuire, însă ofertantul clasat pe primul loc, cu care entitatea contractantă urmează a încheia contractul de achiziție, are obligația de a depune toate documentele ca dovadă a informațiilor cuprinse în DUAЕ, obținerea acestor documente neputând fi considerată „nejustificată”, având în vedere că încheierea contractului este condiționată de prezentarea acestor documente. Referitor la posibilitatea entității contractante de a solicita în documentele achiziției să se prezente certificate de atestare fiscală privind impozitele și taxele locale numai pentru sediul social, invocând în sprijinul acestei posibilități decizia pronunțată de Curtea de Apel Bacău unde se precizează că „în lipsa unei stipulații exprese în sensul că se solicită certificat fiscal exclusiv pentru taxele și impozitele aferente sediului social, cerința din documentația de atribuire nu poate fi interpretată decât prin prisma prevederilor legale menționăm următoarele argumente suplimentare: La momentul emiterii deciziei în cauză, respectiv anul 2013, era în vigoare Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, care, prin prevederile art. 180 lit. c), institua dreptul autorității/entității contractante de a exclude dintr-o procedură pentru atribuirea unui contract de achiziție publică orice ofertant/candidat care se afla în situația de neîndeplinire a obligațiilor de plată a impozitelor, taxelor și contribuțiilor de asigurări sociale către bugetele componente ale bugetului generai consolidat Or, prevederile actuale ale legislației în domeniul achizițiilor publice, respectiv Legea nr. 98/2016 și Legea nr. 99/2016, instituie obligația autorității/entității contractante de a exclude orice operator economic ce nu și-a îndeplinit obligațiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat. Prin urmare, deși din interpretarea per a contrario a mențiunilor din cadrul deciziei Curții de Apel citate anterior se poate trage concluzia că există posibilitatea autorității/entității contractante de a stipula în mod expres în documentația de atribuire că se solicită certificat de atestare fiscală doar pentru sediul social al operatorului economic, având în vedere că legislația actuală nu mai prevede dreptul, ci obligația de a exclude din procedură orice operator economic care și-a încălcat obligațiile privind plata impozitelor și taxelor, subliniem că o astfel de stipulație expresă în documentația de atribuire nu este posibilă. Astfel, în baza celor sus-menționate, subliniem că în vederea demonstrării neîncadrării în situațiile de excludere prevăzute la art. 178 din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă va solicita, iar ofertantul (singur sau în asociere) va prezenta, documentele doveditoare, cum ar fi certificate de atestare fiscală, pentru toate sediile/punctele de lucru din subordine”.

Astfel, contestatorul precizează că în lumina aspectelor anterior prezentate care confirmă gravitatea încadrării unui operator economic în motivul de excludere reglementat de art. 165 din Legea nr. 98/2016 precum și imposibilitatea aplicării prevederilor art. 170 alin. (2) din aceeași lege în această ipoteză, este evidentă nelegalitatea deciziei autorității contractante de a solicita și de a premite asocierii SA - SRL înlocuirea subcontractantului SA

Mai mult, contestatorul consideră că aplicarea acestei măsuri de menținere în competiție a asocierii respective este nelegală în contextul în care lipsa de credibilitate a operatorului economic, respectiv reaua sa credință rezultă cu evidență din faptul că a omis să indice în DUAЕ existența motivului de excludere privind lipsa obligațiilor de plată către bugetul de stat. Contestatorul arată că în acest sens s-a pronunțat CNSC în spețe similare, relevantă fiind Decizia nr. ...

Astfel, contestatorul consideră că prin acceptarea înlocuirii subcontractantului care a declarat în fals că nu se află în motivul de excludere privind încălcarea obligațiilor fiscale și nici nu a adoptat măsura de autocorectare constând în achitarea datoriilor restante, comisia de evaluare din cadrul autorității contractante a încurajat practic atitudinea negativă a unui operator economic care a ales să eludeze legislația fiscală în detrimentul entităților care plătesc de bună-credință și în mod voluntar taxele și impozitele legale.

De asemenea, contestatorul critică și lipsa de diligență a autorității contractante și în ceea ce privește verificarea (in) capacității financiare de derulare a contractului de achiziție publică de către Asocieria SA - SRL.

În acest sens, contestatorul arată că din informațiile publicate de Ministerul Finanțelor Publice rezultă că situația financiară a membrilor asocierii declarate câștigătoare determină un risc ridicat de neîndeplinire a contractului de achiziție publică.

Astfel, potrivit ultimelor situații financiare publicate, situația financiară a societăților SA Galați, respectiv SRL la finalul anului 2019 se prezintă astfel:

..... SA Galați - Cod identificare fiscală ... înregistrează:

CAPITALURI - ACTIV NET: 305728 lei

Capital subscris vărsat: 5356400 lei

..... SRL - Cod identificare fiscală 13924879 - înregistrează:

CAPITALURI-ACTIV NET: 414573

Capital subscris vărsat 3500000

Din datele de mai sus rezultă că la data de 31.12.2019 (raportat la situația economică dificilă din anul 2020 este improbabilă ameliorarea situației financiare a societăților în discuție) SA Galați are un activ net diminuat cu 94% față de capitalul social iar SRL are un activ net diminuat cu 88 % raportat la capitalul social.

Contestatorul arată că potrivit art. 153 indice 24 din Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale, în cazul societăților pe acțiuni:

„(1) Dacă consiliul de administrație, respectiv directoratul, constată că, în urma unor pierderi, stabilite prin situațiile financiare anuale aprobate conform legii, activul net al societății, determinat ca diferență între totalul activelor și totalul datoriilor acesteia, s-a diminuat la mai puțin de jumătate din valoarea capitalului social subscris, va convoca de îndată adunarea generală extraordinară pentru a decide dacă societatea trebuie să fie dizolvată.

(5) În cazul neîntrunirii adunării generale extraordinare în conformitate cu alin. (1) sau dacă adunarea generală extraordinară nu a

putut delibera valabil nici în a doua convocare, orice persoană interesată se poate adresa instanței pentru a cere dizolvarea societății. Dizolvarea poate fi cerută și în cazul în care obligația impusă societății potrivit alin. (4) nu este respectată. În oricare dintre aceste cazuri instanța poate acorda societății un termen ce nu poate depăși 6 luni pentru regularizarea situației. Societatea nu va fi dizolvată dacă reconstituirea activului net până la nivelul unei valori cel puțin egale cu jumătate din capitalul social are loc până în momentul rămânerii definitive a hotărârii judecătorești de dizolvare,,.

Raportat la această situație de fapt și la prevederile legale invocate, contestatorul consideră că autoritatea contractantă a încălcat principiul eficienței utilizării a fondurilor prin asumarea riscului de dizolvare a membrilor asocierii /incapacitate financiară de derulare a contractului de achiziție publică.

În concluzie, contestatorul apreciază că, prin modul de evaluare a ofertei câștigătoare, comisia de evaluare a nesocotit grav imperativul respectării principiului tratamentului egal al ofertanților prevăzut de art. 2 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, principiu statuat de Curtea de Justiție a Uniunii Europene (Hotărârea din 29 aprilie 2004, Comisia/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punctul 110, și Hotărârea din 12 martie 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, punctul 33). Potrivit instanței europene, acest principiu care *reprezintă esența normelor Uniunii privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice* (Hotărârea din 22 iunie 1993, Comisia/Danemarca, C-243/89, EU:C:1993:257, punctul 33, Hotărârea din 25 aprilie 1996, Comisia/Belgia, C-87/94, EU:C:1996:161, punctul 51, și Hotărârea din 18 octombrie 2001, SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, punctul 33) presupune ca ofertanții să se afle pe o poziție de egalitate atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă (Hotărârea din 16 decembrie 2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, punctul 45, precum și Hotărârea din 24 mai 2016, MT Højgaard și Zublin, C-396/14, EU:C:2016:347, punctul 37).

Prin urmare, față de toate aceste considerente, contestatorul consideră superficială activitatea de evaluare realizată de autoritatea contractantă, motiv pentru care solicită admiterea contestației, cu consecința obligării autorității contractante la anularea actelor criticate și la reevaluarea ofertei declarate câștigătoare, urmând a se continua procedura de achiziție prin aplicarea regulilor stabilite în documentația de atribuire și în legislația incidentă.

Totodată, contestatorul solicită, în conformitate cu prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016, să i se aprobe accesul la dosarul achiziției publice aflat pe rolul CNSC, în vederea studierii acestuia și efectuării de copii de pe documentele necesare.

Prin adresa nr. ... înregistrată la Consiliu sub nr. ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, formulează punct de vedere cu privire la contestația depusă de SA.

Autoritatea contractantă arată că a publicat în S.E.A.P. întreaga documentație de atribuire, având numărul ... și a permis, începând cu data publicării anunțului de participare simplificat - 07.10.2020, accesul direct și nerestricționat al tuturor operatorilor economici la această documentație, stabilind ca dată limită de depunere a ofertelor 28.10.2020, modificată de sistem pentru data de 29.10.2020, ora 15:00.

La procedură au depus ofertă următorii ofertanți:

- Asocierea dintre S.C. S.A. (lider), S.C. ... S.R.L. ..., S.C. ... S.A. și S.C. ... S.R.L...
- Asocierea dintre S.C. S.A. (lider) și S.C. ..

În urma aplicării criteriului de atribuire oferta depusă de către asocierea dintre S.C. S.A. (lider) și S.C. ... s-a clasat pe locul 1. Autoritatea contractantă menționează că a solicitat acestui ofertant să prezinte documentele justificative actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAЕ.

Pentru subcontractantul declarat S.C. S.A., ofertantul a prezentat certificatul de atestare fiscală nr. ... din care reiese că are datorii atât curente în sumă de 5.096,00 lei, cât și restante în sumă de 420.567,00 lei. La acest certificat a anexat încheierea din data de 17.05.2018 a Judecătoriei pronunțată în dosarul nr. ... prin care admite cererea de suspendare a executării silite formulată de SC SA până la soluționarea definitivă a dosarului nr. ..., care are ca obiect contestație la executare.

Urmare a convorbirii telefonice a unui reprezentant al autorității contractante la Serviciul Constatare Impunere Persoane Juridice -, a rezultat că sumele menționate la "rămășiță și majorări" în certificatul fiscal menționat anterior fac obiectul dosarului ... și până la soluționarea definitivă a dosarului nu pot fi considerate datorii. Având în vedere că la data încheierii procesului verbal de analiză a documentelor suport, dosarul era în curs de soluționare la Curtea de Apel, stadiul recurs, subcontractantul declarat a fost acceptat de către comisia de evaluare.

Urmare acestei proceduri, Asocierea dintre S.C. S.A. (lider) și S.C. ... S.R.L. ... a fost declarată câștigătoare, iar oferta depusă de către asocierea dintre S.C. S.A. (lider), S.C. S.A. și S.C. ... S.R.L. ... a fost declarată neconformă, deoarece nu a făcut dovada îndeplinirii cerințelor privind standardele de asigurare a calității.

Astfel, în cadrul acestei proceduri S.C. S.A., lider al asocierii dintre S.C. S.A., S.C. ...S.R.L. ..., S.C. ... S.R.L. București a depus contestație la data de 17.12.2020. Contestația a fost soluționată de către C.N.S.C. prin Decizia nr. ... din 01.02.2021, prin care a admis contestația și a dispus anularea deciziei de respingere ca neconformă a ofertei depusă de asocierea dintre S.C. S.A., S.C.

Autoritatea contractantă precizează că a pus în aplicare decizia C.N.S.C., și în urma aplicării criteriului de atribuire oferta depusă de către asocierea dintre S.C. S.A. (lider) și S.C. s-a clasat pe locul 1. Autoritatea contractantă arată că a solicitat acestui ofertant, prin adresa

nr. A 927/05.02.2021, să prezinte documentele justificative actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE.

Ofertantul a transmis documentele suport în data de 12.02.2021, conform dovezii SEAP nr.

Pentru subcontractantul declarat inițial, S.C. S.A., a prezentat certificatul de atestare fiscală nr. ... din care reiese că are datorii restante în sumă de 432.340,00 lei. Prin Hotărârea nr. ... a Tribunalului, contestația formulată de către S.C. S.A. privind aceste datorii la bugetul local a fost respinsă ca nefondată, decizie care a rămas definitivă prin respingerea recursului formulat de către S.C. S.A. ca nefondat, conform Hotărârii nr. a Curții de Apel Galați.

Prin respingerea acțiunii de anulare a Deciziei de imputare a, S.C. S.A. se află în situațiile prevăzute la art. 165 din Legea nr. 98/2016, respectiv înregistrează datorii la bugetul local, astfel autoritatea contractantă arată că a solicitat ofertantului, cu adresa nr. A-1163 din 16.02.2021, să înlocuiască subcontractantul, în conformitate cu prevederile art. 170, alin. 1 și 2 din Legea nr. 98/2016.

Asocierea dintre S.C. S.A. (lider) și S.C. ...S.R.L. ...a răspuns autorității contractante în data de 18.02.2021, conform dovezii în SEAP nr. A-1277/18.02.2021, atașând documente pentru noul subcontractant declarat, S.C. ...

Comisia de evaluare a analizat documentele prezentate de ofertant și a constatat că acesta demonstrează informațiile din DUAE.

Autoritatea arată că prin raportul procedurii, înregistrat sub nr. A-1513 din 01.03.2021, oferta depusă de către Asocierea dintre S.C. S.A. (lider) și S.C. a fost desemnată câștigătoare, iar oferta depusă de către asocierea dintre S.C. S.A., S.C. ... S.R.L. ..., S.C. ... S.A. și S.C. S.R.L. București a fost declarată necâștigătoare, ocupând locul doi în clasament.

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că DUAE prezentat pentru subcontractantul declarat inițial, S.C. S.A., conține mențiunea că acesta nu înregistrează datorii, ceea ce era adevărat la momentul depunerii ofertei, deoarece dosarul care avea ca obiect contestația la executare nu era finalizat, iar sumele menționate la "rămășiță și majorări", în certificatul fiscal menționat anterior, până la soluționarea definitivă a dosarului nu pot fi considerate datorii. După reluarea procedurii în urma Deciziei CNSC nr. ..., Asocierea dintre S.C. S.A. (lider) și S.C. ..., la momentul când a prezentat documentele justificative, prin adresa nr. A-1277/18.02.2021, a prezentat și documentele privind finalizarea dosarului care avea ca obiect contestația la executare, din care reieșea că recursul a fost respins, iar sumele menționate la "rămășiță și majorări", sunt considerate datorii și că S.C. S.A. se regăsește în situația de excludere precizată la art. 165 din Legea nr. 98/2016.

Autoritatea contractantă arată că, potrivit prevederilor art. 170, alin. (1) și (2) și 171 din Legea nr. 98/2016, a solicitat înlocuirea

subcontractantului declarat S.C. S.A. Asocierea dintre S.C. S.A. (lider) și S.C. ... a prezentat documente justificative pentru noul subcontractant declarat, îndeplinind cerințele de calificare.

Acordul de asociere prezentat de către Asocierea dintre S.C. S.A. (lider) și S.C. ... detaliază lucrările executate de către fiecare asociat în parte. Clarificarea formulată de către autoritatea contractantă a devenit necesară ca urmare a faptului că celălalt ofertant, asocierea dintre S.C. S.A., S.C., în interpretarea comisiei de evaluare, nu a prezentat certificat ISO 9001 și 14001 pentru lucrările de dragaj care ar fi trebuit să fie executate de către unul dintre asociați. Pentru o evaluare corectă a ambilor ofertanți, comisia de evaluare a solicitat și Asocierii dintre S.C. S.A. (lider) și S.C. ... detalierea părții din contract ce o va executa fiecare membru al asocierii prin enumerarea obiectelor/categoriilor de lucrări ce revin fiecărui ofertant.

Autoritatea menționează că în acordul de asociere prezentat inițial de către Asocierea dintre S.C. S.A. (lider) și S.C. sunt precizate părțile din contract ce le va executa fiecare membru al asocierii, respectând cerința autorității contractante. Clarificarea solicitată de către autoritatea contractantă respectă principiile enunțate de către Legea nr. 98/2016, ea clarificând și nemodificând oferta depusă inițial.

Referitor la situația financiară a membrilor asocierii dintre S.C. S.A. (lider) și S.C. ..., verificată pe site-ul ANAF de către contestator, autoritatea contractantă face precizarea că în cazul procedurii simplificate, așa cum este procedura ce are ca obiect „LUCRĂRI DE INTERVENȚIE”, conform art. 113 alin. (11), atunci când autoritatea contractantă decide să solicite criterii de calificare și selecție, aceasta poate solicita doar cerințe privind:

- Motive de excludere în conformitate cu capitolul IV, secțiunea a 6-a, paragraful 2 din Legea nr. 98/2016;
- Capacitatea de exercitare a activității profesionale în conformitate cu articolul 173 din Legea nr. 98/2016;
- Experiența similară în conformitate cu articolul 179, lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016, cerințe privind capacitatea financiară a ofertantului nefiind prevăzute de legiuitor.

În consecință, autoritatea contractantă precizează că își menține punctul de vedere privind declararea câștigătoare a asocierii dintre S.C. S.A. (lider) și S.C. ...

Prin adresa nr. ... înregistrată la CNSC sub nr. ..., ... SA a formulat cerere de intervenție, prin care a solicitat:

- admiterea, în principiu, a cererii de intervenție, astfel cum a fost formulată în temeiul dispozițiilor Legii nr. 101/2016, coroborate cu cele ale Codului de Procedură Civilă;
- respingerea contestației promovate de contestator ca nefondată și neîntemeiată, atât în ceea ce privește toate solicitările acestuia detaliate la punctele 1-5 din cuprinsul contestației, cât și obligarea autorității contractante la reluarea procedurii prin reevaluarea ofertei depusă de asocierea câștigătoare de la etapa verificării admisibilității acesteia;

- menținerea rezultatului procedurii și, pe cale de consecință, constatarea legalității declarării ofertei asocierii sale ca fiind câștigătoare.

I. Admisibilitatea în principiu a cererii de intervenție

Intervenientul arată că, în principiu, litigiile se desfășoară strict între părțile raportului juridic dedus judecății, indiferent de natura procedurii, fie aceasta administrativ-jurisdicțională ori judiciară, însă, cu respectarea dispozițiilor legale, este permisă lărgirea cadrului unui asemenea raport juridic prin participarea și a unor terți interesați care sunt direct sau indirect afectați de soluția ce urmează a fi pronunțată în litigiul dintre părți.

Astfel, legiuitorul a prevăzut posibilitatea terților de a interveni în cadrul litigiilor apărute în materia achizițiilor publice în cadrul art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 potrivit căruia, textual:

„(3) Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației. În cazul procedurilor a căror inițiere nu se realizează prin publicare în SEAP, termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării contestației.”

De asemenea, intervenientul arată că art. 61 alin. (1) din Codul de procedură civilă dispune faptul că oricine are interes poate interveni într-un proces care se judecă între părțile originare, o astfel de intervenție voluntară putând fi principală sau accesorie.

Intervenția este (i) principală când intervenientul pretinde pentru sine, în tot sau în parte, dreptul dedus judecății sau un drept strâns legat de acesta și (ii) accesorie, când sprijină numai apărarea uneia dintre părți.

Intervenientul arată că promovează prezenta cerere de intervenție cu scopul de a deveni parte în litigiul dintre autoritatea contractantă și contestator și, totodată, de a susține poziția procesuală a autorității contractante, respectiv decizia de desemnare a ofertei sale ca fiind câștigătoare.

Analizând dispozițiile art. 61 și urm. C.proc.civ., intervenientul arată că doctrina a stabilit faptul că legiuitorul a conferit dreptul terțelor persoane de a promova o cerere de intervenție *„ori de câte ori acestea pot justifica interesul de a participa la acel proces declanșat între ale persoane. Interesul de a interveni al terțului trebuie să fie unul legitim, născut și actual, respectiv personal, atât în ipoteza intervenției principale, cât și în cazul intervenției accesorii.”*; o condiție specială de admisibilitate a intervenției principale *„(...)o reprezintă afirmarea pentru sine, în tot sau în parte, a dreptului dedus judecății sau a unui drept strâns legat de acesta. Ea are ca finalitate protejarea unui drept propriu al intervenientului”* (G.C. Frențiu, D.L. Bâldean, Noul Cod de procedură civilă, Comentat și adnotat, Ed. Hamangiu, 2013, p. 96). Or toate aceste condiții sunt îndeplinite în mod evident, interesul asocierii sale fiind acela de a se menține decizia de

desemnare a ofertei sale ca fiind câștigătoare (inclusiv a tuturor actelor subsecvente).

Astfel, intervenientul consideră că condițiile prevăzute de dispozițiile legale în vigoare pentru admisibilitatea cererii sale de intervenție sunt îndeplinite, respectiv:

- cererea trebuie să fie promovată de un terț. Condiția este îndeplinită, Asocierea nefiind parte în contestația dedusă judecătii;

- terțul intervenient trebuie să justifice un interes. Cu privire la noțiunea de „interes” al intervenientului, este de menționat faptul că doctrina i-a atribuit acesteia o caracteristică fundamentală statuându-se faptul că *„interesul intervenientului este unul ”preventiv” și el se apreciază în funcție de incidența pe care o poate avea asupra drepturilor sale hotărârea ce se ia în legătură cu cererea principală”* (I. Deleanu, Tratat de procedură civilă, vol. I, Ed. All Beck, București, 2005, p. 603 și urm.). Astfel, interesul legitim al Asocierii este evident, acesta rezultând din calitatea sa de participant în Procedură și a cărei ofertă a fost declarată câștigătoare, calitate în care asocierea sa este vătămată în dreptul său legitim de a obține contractul.

Pe cale de consecință, având în vedere capetele de cerere anterior menționate și interesul propriu față de soluționarea contestației, interes ce constă pe de o parte în menținerea actelor întocmite de autoritatea contractantă în procedura de atribuire, iar pe de altă parte în încheierea contractului cu asocierea sa, intervenientul arată că scopul final al prezentei cereri constă în menținerea rezultatului procedurii, respectiv declararea ofertei sale ca fiind câștigătoare.

II. Scurtă prezentare a situației de fapt

A. Organizarea procedurii

Intervenientul arată că potrivit anunțului de participare nr., ... a organizat procedura simplificată de achiziție publică organizată de privind atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect - „LUCRĂRI DE INTERVENȚIE ... - (proiectare și execuție lucrări).

În urmă evaluării celor două oferte depuse de asocierea sa și de asocierea a cărei lider este contestatorul, prin raport la condițiile de participare și cerințele minime asociate, autoritatea contractantă a emis raportul procedurii nr. A13357/08.12.2020 prin care, în esență, a constatat că ambele oferte sunt admisibile, dar ca urmare a evaluării propunerilor tehnice și pe baza răspunsurilor la solicitările de clarificări, oferta depusă de asocierea dintre S.A. (lider), ...a fost declarată neconformă, în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016, iar oferta asocierii sale a fost declarată conformă, corespunzând tuturor cerințelor documentației de atribuire.

B. Prima contestație și Decizia C.N.S.C.

În rezumat, intervenientul arată că prin contestația promovată împotriva raportului procedurii nr. A13357/08.12.2020 anterior menționat, ... a invocat respingerea ofertei asocierii a cărei lider este ca fiind nelegală deoarece (i) neconformitatea a fost întemeiată pe o clauză nescrisă (criteriile referitoare la standarde comunitare privind asigurarea

calității - certificat SR EN ISO 9001/2005 și la standarde comunitare privind sistemul de management de mediu - certificat SR EN ISO 1400/2005), (ii) asemenea cerințe nu pot fi solicitate în cadrul procedurii simplificate prin raport la prevederile art. 113 alin. (11) din Legea nr. 98/2016, (iii) nu au fost respectate principiile ce guvernează materia achizițiilor publice.

Prin Decizia nr. ..., C.N.S.C. a admis contestația și a dispus anularea deciziei de respingere ca neconformă a ofertei asocierii a cărei lider este contestatorul, anularea raportului procedurii nr. A13357/08.12.2020 în partea privind oferta anterior menționată, precum și a comunicărilor subsecvente. De asemenea, a obligat autoritatea contractantă la continuarea procedurii prin reevaluarea acestei oferte potrivit motivării și desemnarea ofertei câștigătoare dintre ofertele admisibile, în termen de 10 zile de la comunicarea deciziei.

C. Reevaluarea. Cea de-a doua contestație

Intervenientul arată că autoritatea Contractantă, procedând la punerea în aplicare a Deciziei C.N.S.C., a procedat la reevaluarea ofertei contestatorului, proces în urma căruia a declarat oferta acesteia admisibilă, însă clasată pe locul II, cu o valoare de 17.184.919,31 lei fără T.V.A., iar oferta asocierii sale ca oferta câștigătoare a procedurii cu o valoare de 15.822.220 lei fără T.V.A.

Nemulțumit și de acest rezultat, ... a înțeles să promoveze contestația ce face obiectul prezentului dosar (cea de-a doua în cadrul Procedurii) prin care acuză o presupusă evaluare netemeinică pe care autoritatea contractantă ar fi făcut-o asupra ofertei asocierii câștigătoare.

III. Analiza susținerilor contestatorului

Intervenientul prezintă în continuare argumentele care, din punctul său de vedere, evidențiază netemeinicia tuturor criticilor contestatorului, adresând Consiliului în același timp solicitarea ca o eventuală completare/detalieri a acestor critici să îi fie adusă la cunoștință în vederea combaterii lor efective:

A. Intervenientul arată că prima critică pe care contestatorul o aduce în discuție este aceea că oferta câștigătoare „trebuia declarată ca fiind inacceptabilă, în temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016" pentru pretinsa nerespectare a cerinței de la cap. III.1.1.b) din fișa de date a achiziției deoarece asocierea nu ar fi precizat obiectivele/categoriile de lucrări ce revine fiecărui ofertant.

Având în vedere că:

- potrivit punctului III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale în discuție (prezentat trunchiat de către contestator), textual:

"Operatorul economic participant la procedura de achiziție trebuie să dovedească o forma de înregistrare în condițiile legii din țara de rezidență din care să reiasă că este legal constituit, că nu se află în niciuna din situațiile de anulare a constituirii, precum și faptul că are capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului. În acest sens obiectul de activitate al operatorului economic trebuie să permită execuția/corespundă activităților ce fac obiectul contractului. Cerința se aplică inclusiv pentru subcontractanți și/sau terți susținători care

completează informațiile aferente situației lor la nivelul unui DUAE distinct. Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței: completarea DUAE. În cazul în care operatorul economic intenționează să subcontracteze o parte/părți din contract, DUAE include și informațiile solicitate cu privire la subcontractanți. În cazul depunerii unei oferte în asociere, fiecare asociat are obligația de a demonstra îndeplinirea cerinței pentru partea de contract pe care o realizează” (sublinierea intervenientului);

- tot în conținutul acestei cerințe, autoritatea contractantă a precizat și modul de îndeplinire al acesteia, respectiv:

”Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE vor fi prezentate la solicitarea autorității contractante doar de către ofertantul clasat pe primul loc, după aplicarea criteriului de atribuire. Aceste documente sunt:

- certificatul constatator emis de către Oficiul National al Registrului Comerțului, din care să rezulte obiectul de activitate al ofertantului, informațiile legate de structura acționarilor și reprezentanților legali; informațiile cuprinse în acest document vor fi reale/actuale la data prezentării acestuia.

- documente echivalente emise în țara de rezidență, în cazul ofertanților străini. Documentele solicitate vor fi depuse în SICAP prin scanarea documentelor în oricare din variantele original/copie legalizata/copie lizibilă, cu mențiunea „conform cu originalul”, semnate cu semnătura electronică extinsă”.

Astfel, intervenientul precizează că, prin raport la toate aceste cerințe și din analiza conținutului documentelor justificative pe care le-a depus în cadrul ofertei în legătură cu această cerință, reiese cu certitudine că toate cerințele de la acest punct sunt respectate întru totul, fiecare asociat (inclusiv subcontractant) dovedind cu claritate faptul că obiectul de activitate al fiecăruia permite execuția conformă și completă a tuturor activităților ce fac obiectul contractului ce urmează a fi atribuit în urma procedurii:

✓ Asocierea sa a întocmit și depus ca parte a ofertei Acordul de asociere nr. 01/19.10.2020, astfel cum a fost acesta pus la dispoziție ca parte a documentației de atribuire sub forma Formularului nr. 2. În cadrul acestui acord, la art. 6, asociații au reglementat, convenit și detaliat în mod corespunzător (i) atât asupra părții din contractul de achiziție publică pe care îl va realiza fiecare în parte, cât și (ii) asupra cotelor de participare pe care fiecare asociat le va avea în cadrul Asocierii, cu indicarea expresă a acestora;

✓ În considerarea solicitării autorității contractante transmise prin adresa nr. A12463/16.11.2020 de a proceda la „Detalierea părții din contract ce o va executa fiecare membru al asocierii prin enumerarea obiectelor/categoriilor de lucrări ce revin fiecărui ofertant”, asocierea sa, prin răspunsul nr. 01/1865/17.11.2020, a învederat autorității faptul că o asemenea cerință nu se regăsește nicăieri la nivelul documentației de atribuire dar, în considerarea bunei credințe, a anexat răspunsului documentul intitulat "Defalcarea lucrărilor între asociați" în cuprinsul

căruia a procedat la enumerarea obiectelor ce revin fiecărui asociat, oferind astfel informațiile solicitate;

✓ Însăși autoritatea contractantă, prin punctul său de vedere depus în prezentul dosar, precizează că o asemenea clarificare precum cea în discuție „a devenit necesară ca urmare a faptului că celălalt ofertant, asocierea dintre S.C. S.A. S.C. în interpretarea comisiei de evaluare, nu a prezentat certificat ISO 9001 și 14001 pentru lucrările de dragaj care ar fi trebuit să fie executate de către unul dintre asociați” (deci solicitarea a venit, în fapt, pe fondul nerespectării de către contestator a unei cerințe din documentația de atribuire, cerință care ulterior a fost constatată de C.N.S.C. prin prima sa decizie pronunțată în cadrul procedurii ca fiind una nescrisă. În considerarea acestui din urmă aspect, la acest moment, se poate considera inclusiv că întreaga solicitare ce i-a fost adresată a fost una nejustificată și neîntemeiată având în vedere rațiunea comisiei de evaluare ce a stat la baza acesteia).

Mai mult, prin același punct de vedere, autoritatea contractantă mai arată inclusiv că *„în acordul de asociere prezentat inițial de către Asocierea dintre S.C. S.A. (lider) și S.C. ... sunt precizate părțile din contract ce le va executa fiecare membru al asocierii, respectând cerința autorității contractante”* susținerile contestatorului fiind complet eronate și neputând fi primite.

Aceasta deoarece, pe de o parte, așa cum a arătat, asocierea sa a oferit informațiile solicitate de autoritatea contractantă, iar, pe de altă parte, o asemenea solicitare nu se regăsește la nivelul niciunei cerințe din cadrul documentației de atribuire și deci nu era opozabilă niciunui ofertant. Dacă autoritatea contractantă ar fi dorit într-adevăr ca ofertanții care participă la procedură în cadrul unei asocieri să îi ofere asemenea informații, ar fi trebuit să materializeze acest lucru printr-o cerință inserată în mod clar și expres în fișa de date a achiziției și în anunțul de participare. În consecință, intervenientul consideră că, în speță, ne aflăm în situația unei „clauze nescrise”, fiind incidente inclusiv prevederile art. 30 alin. (6) din Normele de aplicare a Legii nr. 98/2016 care prevăd că, textual: *„Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/ de concurs sunt considerate clauze nescrise.”*

Mai mult, așa cum observă chiar contestatorul, a impune o asemenea cerință ce nu se regăsește la nivelul documentației de atribuire aferentă procedurii ar reprezenta, în fapt, o adăugare ce ar modifica în mod evident această documentație ce a devenit obligatorie atât pentru autoritatea contractantă cât și pentru ofertanți prin neatacarea ei în termenul prevăzut de lege.

B. Intervenientul arată că cea de-a doua critică a contestatorului precizează faptul că oferta câștigătoare „trebuia exclusă în temeiul art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016 - emiterea și utilizarea de declarații false” deoarece subcontractorul propus, ... S.A., ar fi omis să informeze în mod corect autoritatea contractantă în legătură cu

existența unor datorii la bugetul local pretins a fi existat la data de 28.10.2020, ora 15:00 (data limită de depunere a ofertelor).

Având în vedere că:

- ✓ În cadrul ofertei sale, a propus ca subcontractor pe S.A., iar în cadrul DUAЕ depus de acest subcontractor au fost bifate cu „NU” toate acele câmpuri aferente aspectelor legate de plata impozitelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale;
- ✓ În susținerea acestor declarații, așa cum învederează și autoritatea contractantă în punctul său de vedere depus în prezenta cauză, au fost depuse următoarele documente:

- certificatul de atestare fiscală nr. 5277/23.11.2020 în conținutul căruia erau menționate, cu titlu de datorii, suma de 5.096 lei și suma de 420.567 lei, cu mențiunea „SUME IN LITIGIU”;

- încheierea din data de 17.05.2018 pronunțată de Judecătoria în dosarul nr. 7449/196/2018, prin care instanța a admis suspendarea executării silite formulată de S.A. până la soluționarea definitivă a dosarului nr. 1435/113/2018 având ca obiect contestație la executare, dosar care la data limită de depunere a ofertelor nu era încă soluționat definitiv;

- ✓ prin încheierea anterior menționată a fost suspendată executarea Deciziei de impunere menționată de contestator, ceea ce a avut drept consecință directă și imediată suspendarea tuturor și oricăror efecte ale acestui act administrativ fiscal până la încetarea suspendării (intervenientul invocând aici inclusiv prevederile art. 14 alin. (7) din Legea nr. 554/2004 potrivit căreia: „Suspendarea executării actului administrativ are ca efect încetarea oricărei forme de executare, până la expirarea duratei suspendării”). În considerarea acestei situații de fapt, chiar organul fiscal, procedând în mod corect și legal, a apreciat toate sumele reținute în sarcina S.A. ca nefiind datorate pentru moment (respectiv până la data soluționării definitive a dosarului nr.), aspect evidențiat în mod corespunzător și în certificatul de atestare fiscale antemenționat prin înscrierea mențiunii „SUME ÎN LITIGIU”, document depus în ofertă în mod transparent și în conformitate cu cerințele documentației de atribuire aplicabile subcontractorilor;

De altfel, așa cum a menționat chiar contestatorul (pagina 9 din contestație) Soluționarea definitivă a dosarului nr.... a fost pronunțată la data de 22.12.2020 după data întocmirii raportului procedurii A13357/08.12.2020.

- ✓ Autoritatea Contractantă menționează expres în punctul său de vedere, cu privire la aceste aspecte, că: „Urmare a convorbirii telefonice a unui reprezentant al autorității contractante la Serviciul Constatare Impunere Persoane Juridice -, a rezultat că sumele menționate la "rămășiță și majorări" în certificatul fiscal menționat mai sus fac obiectul dosarului ... și până la soluționarea definitivă a dosarului nu pot fi considerate datorii. Având în vedere că la data încheierii procesului verbal de analiză a documentelor suport, dosarul era în curs de soluționare la Curtea de Apel Galați, stadiul recurs, subcontractantul declarat a fost acceptat de către comisia de evaluare."

Rezultă cu certitudine faptul că informațiile oferite de subcontractantul S.A. au fost transparente și în conformitate cu realitatea faptică existentă la data limită pentru depunerea ofertelor. Astfel, susținerea contestatorului potrivit căreia autoritatea contractantă nu ar fi verificat în niciun fel aspectele în discuție este complet nefondată, iar restul aserțiunilor sale formulate în susținerea tezei că subcontractantul S.A. ar fi oferit informații false sunt eronate întru totul deoarece la data limită de depunere a ofertelor, practic, ... S.A. nu avea reținută în sarcina sa nicio datorie la bugetul local. În acest sens, dând dovadă de o bună credință absolută, subcontractorul inițial propus nu a „ascuns” în niciun moment autorității contractante situația sa fiscală, prezentând în mod clar și detaliat acesteia din urmă toate documentele solicitate în documentația de atribuire și din economia cărora, la data limită de depunere a ofertelor, reiese fără putință de tăgadă faptul că acestuia nu îi sunt aplicabile prevederile art. 167 alin. (1), lit. h) din Legea nr. 98/2016, cum încearcă contestatorul să inducă o asemenea idee în contra tuturor evidențelor ce reies din documentele justificative existente în dosarul achiziției ca parte a ofertei.

Ca un aspect corelativ, intervenientul face mențiunea că o teză precum cea detaliată de contestator potrivit căreia oferta câștigătoare ar trebui respinsă ca inacceptabilă pe motiv că subcontractantul S.A. s-ar încadra în prevederile art. 167 alin. (1), lit. h) din Legea nr. 98/2016, nu poate fi primită și din considerentul că, chiar dacă s-ar presupune prin absurd că s-ar fi aflat într-o atare situație, în speță ar fi devenit incidente prevederile art. 170 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016. Drept urmare, în temeiul acestor dispoziții legale imperative, autoritatea contractantă ar fi trebuit să îi solicite o singură dată înlocuirea subcontractantului în discuție (așa cum de altfel s-a și întâmplat la momentul celei de-a doua verificări efectuate de autoritatea contractantă în considerarea Deciziei C.N.S.C. în ceea ce privește neîncadrarea acestui subcontractant în prevederile art. 165 din Legea nr. 98/2016, astfel cum va detalia la punctul C de mai jos).

C. Intervenientul arată că prin cea de-a treia sa critică, contestatorul susține o imposibilitate de aplicare a „dispozițiilor art. 170 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016 - privind înlocuirea Subcontractantului” deoarece cazurile reglementate de art. 165 din Legea nr. 98/2016 nu ar fi printre cele cărora li se pot aplica prevederile art. 170 alin. (1) și (2) în discuție.

Având în vedere că:

- ✓ urmare punerii în aplicare a Deciziei C.N.S.C., autoritatea contractantă a procedat la reevaluarea ofertelor depuse în cadrul procedurii, sens în care i-a solicitat prezentarea până la data de 12.02.2021 a documentelor justificative „actualizate prin care să demonstreți îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE”,
- ✓ în considerarea acestei solicitări, prin intermediul adresei nr. 01/255/12.02.2021, asocierea sa s-a conformat și a transmis autorității contractante toate documentele actualizate solicitate.

Cu această ocazie, în considerarea bunei sale credințe, intervenientul arată că a precizat autorității contractante faptul că subcontractantul propus S.A. pare că s-ar regăsi la acel moment într-una din situațiile de excludere prevăzute de art. 165 din Legea nr. 98/2016, aspect ce reieșea din punctul său de vedere din cuprinsul documentelor transmise de subcontractant și pe care le-a pus la dispoziția autorității contractante în integralitatea lor.

Astfel, intervenientul arată că la această dată, situația de fapt a subcontractantului propus inițial S.A. era următoarea:

- în cuprinsul certificatului de atestare fiscală nr. 437/09.02.2021 erau specificate datorii restante în cuantum de 432.340 lei, fără nicio altă mențiune, iar

- între timp, dosarul nr. 1435/113/2018 a fost soluționat definitiv, în speță fiind pronunțate hotărârile nr. ... a Tribunalului și hotărârea nr. ... a Curții de Apel Galați, definitivă, prin care a fost soluționat recursul declarat împotriva hotărârii Tribunalului Galați (N.B. - ca un aspect corelativ, împotriva soluției pronunțate de Curtea de Apel Galați, ... S.A. a declarat contestație în anulare, în dosarul astfel format nr. ... fiind stabilit un prim termen de judecată la data de 08.04.2021; în considerarea acestui aspect, la acest moment, organul fiscal competent a reintrodus mențiunea „SUME ÎN LITIGIU”, așa cum reiese din cuprinsul certificatului de atestare fiscală emis în data de 12.03.2021 sub nr. 957 pe care îl atașează cererii de intervenție);

✓ Așa cum precizează și autoritatea contractantă în punctul său de vedere depus în prezenta cauză, aceasta a luat act de situația existentă și, în urma analizei efectuate de comisia de evaluare, a constatat faptul că subcontractantul S.A. se află în situațiile prevăzute la art. 165 din Legea nr. 98/2016 și prin adresa nr. A-1163/16.02.2021 i-a solicitat înlocuirea acestuia în conformitate cu prevederile art. 170 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016.

În considerarea acestei solicitări, intervenientul menționează că s-a conformat și a înlocuit subcontractantul S.A. cu un nou subcontractant, respectiv ... S.R.L. Galați. În urma analizării documentelor pe care le-a depus pentru acesta din urmă, autoritatea contractantă a constatat că sunt demonstrate informațiile din DUAE și, în consecință, a decis acceptarea lui.

✓ Intervenientul arată că at. 170 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016 dispun:

(1) *Autoritatea contractantă are obligația de a verifica inexistența unei situații de excludere la art. 164, 165 și 167 în legătură cu subcontractanții propuși.*

(2) *În cazul în care este identificată o situație de excludere, cu aplicarea în mod corespunzător a dispozițiilor art. 171, autoritatea contractantă solicită ofertantului/candidatului o singură dată să înlocuiască un subcontractant în legătură cu care a rezultat, în urma verificării, că se află în această situație."*

Se poate observa astfel că legiuitorul a impus în sarcina autorităților contractante obligația de a verifica incidența uneia dintre situațiile de

excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167 în legătură cu subcontractanții propuși de ofertanți, iar în cazul în care identifică oricare dintre aceste situații de excludere, deci inclusiv dintre cele reglementate de art. 165, va solicita respectivului ofertant înlocuirea o singură dată a respectivului subcontractant.

Intervenientul precizează că sintagma de la alin. (2) al art. 170 „*cu aplicarea în mod corespunzător a dispozițiilor art. 171*” nu are în vedere posibilitatea înlocuirii unui subcontractant doar cu aplicarea prevederilor art. 171 din Legea nr. 98/2016, ci are rolul de a impune în sarcina autorităților contractante obligația de a face aplicarea art. 171 *mutatis mutandis* și pentru subcontractorul care s-ar afla „*în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire*” și astfel, de a-i oferi acestuia posibilitatea de a “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” (art. 171 reglementează situația operatorului economic aflat în asemenea situații).

Mai mult, intervenientul precizează și faptul că situațiile de excludere reglementate de art. 165 din Legea nr. 98/2016 nu sunt de natura celor prevăzute la art. 164 și 167 din același act normativ, sens în care, prin raport la gravitatea primelor, acestea nu ar putea fi în mod evident remediate prin simple măsuri luate de ofertanți/subcontractanți ce ar putea fi considerate „*suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere*”.

De aceea legiuitorul a tratat diferit cele trei articole de lege în discuție atunci când subiecții acestora sunt subcontractanții, respectiv:

- pentru situațiile de excludere prevăzute de art. 164 și 167 a prevăzut posibilitatea ca și subcontractanții să-și poată demonstra credibilitatea și, astfel, să fie acceptați de autoritățile contractante (în caz contrar urmând a fi înlocuiți o singură dată), în timp ce

- pentru situațiile de excludere prevăzute la art. 165, legiuitorul nu a mai reglementat un asemenea remediu, astfel încât autorităților contractante le revine direct obligația de a solicita o singură dată înlocuirea unui subcontractant care s-ar regăsi într-o atare situație.

✓ Intervenientul menționează că nu de puține ori, în practica sa, C.N.S.C. s-a confruntat cu situații similare celei din speța de față, confirmând negreșit că înlocuirea unui subcontractant, în condițiile în care acesta se afla în situațiile de excludere prevăzute la art. 165 din Legea nr. 98/2016, s-a efectuat de către autoritatea contractantă cu respectarea dispozițiilor art. 170 alin. (1) și (2) din același act normativ, niciuna dintre aserțiunile contestatorului de la punctul 3 al contestației sale neputând fi primite, acestea reprezentând doar o interpretare proprie a acesteia care este făcută în mod evident trunchiat și incomplet pentru a crea astfel o aparență de legalitate a tezei sale care, în sine, este vădit nefundamentată.

D. Intervenientul arată că cea de-a patra critică (și ultima) a contestatorului tratează o presupusă incapacitate a asocierii câștigătoare

din punct de vedere financiar de derulare a contractului de achiziție publică.

Având în vedere că:

✓ toate susținerile contestatorului de la acest punct sunt fundamentate prin invocarea unor aspecte financiar-contabile ce ar justifica o asemenea teorie în temeiul unor informații pe care le-a obținut din surse publice și care, pe fond, nu au nicio relevanță efectivă cu privire la Procedură. Mai mult, acestea sunt vexatorii și reprezintă pure speculații asupra capacității Asocierii de a duce la îndeplinire contractul ce urmează a fi atribuit prin prezenta Procedură raportarea aserțiunilor sale fiind făcută la niște date valabile la finele anului 2019.

Mai mult, contestatorul are propria interpretare asupra noțiunii de activ net deoarece prezintă informații care nu respectă prevederea art. 153 indice 24 din Legea societăților 31/1990, respectiv „activul net, determinat ca diferența între totalul activelor și totalul datoriilor” , iar unuia dintre asociați - SRL nu i se aplică art 153 indice 24.

✓ Lipsa de conținut și sens a susținerilor contestatorului reiese și din faptul că în toată această perioadă, respectiv decembrie 2019 - decembrie 2020, fără a fi avute în vedere și alte contracte ce se află în prezent în plină desfășurare, asocierea formată din S.A. și S.R.L. a derulat și dus la bun sfârșit un contract similar ca resurse implicate pentru aceeași autoritate contractantă.

✓ La fel cum învederează și autoritatea contractantă în cuprinsul punctului său de vedere depus în cauză, un aspect extrem de important este și faptul că procedura este o procedură simplificată. Astfel, acestea îi sunt aplicabile prevederile art. 113 alin. (11) din Legea nr. 98/2016 potrivit cărora în cadrul unei asemenea proceduri pot fi solicitate doar cerințe privind:

a) motive de excludere, în conformitate cu capitolul IV, secțiunea a 6-a, paragraful 2 din Legea nr. 98/2016;

b) capacitatea de exercitare a activității profesionale, în conformitate cu art. 173 din Legea nr. 98/2016, și

c) experiența similară, în conformitate cu art. 179 lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016.

Rezultă astfel că în cadrul unei asemenea proceduri nu pot fi impuse ofertanților cerințe referitoare la situația lor financiară/economică, aspect de care a beneficiat inclusiv contestatorul.

Principiul eficienței utilizării a fondurilor ar putea fi aplicat și în cazul ofertei contestatare care are o valoare mai mare decât oferta asocierii câștigătoare cu 1.362.699,31 lei (8,61%).

Totodată, intervenientul solicită Consiliului ca, prin raport la solicitarea contestatorului de a îi fi aprobat accesul la dosarul achiziției publice aflat pe rolul C.N.S.C. în vederea studierii și efectuării de copii de pe documentele pe care le-ar considera necesare, să permită asocierii sale depunerea unei poziții scrise argumentate, după cunoașterea prealabilă a tuturor criticilor efectiv formulate împotriva rezultatului Procedurii (în măsura în care contestatorul va proceda la prezentarea de argumente noi/suplimentare), sens în care apreciază ca fiind utilă acordarea unui

termen rezonabil și, în măsura în care va fi necesar, să i se permită inclusiv studiul dosarului achiziției publice aflat pe rolul Consiliului.

În concluzie, în considerarea tuturor celor anterior prezentate, intervenientul solicită admiterea cererii de intervenție și constatarea veridicității aspectelor învederate de societatea sa și, pe cale de consecință, să dispună în sensul celor solicitate.

În susținerea celor precizate, intervenientul anexează:

- certificatul de atestare fiscală nr. 5277/23.11.2020 în conținutul căruia erau specificate datoriile restante cât și mențiunea „SUME IN LITIGIU”;

- certificatul de atestare fiscală nr. 437/09.02.2021 în conținutul căruia erau specificate datoriile restante, fără nicio altă mențiune;

- certificatul de atestare fiscală nr. 957/12.03.2021 în conținutul căruia erau specificate datoriile restante cât și mențiunea „SUME IN LITIGIU”.

Prin adresa nr., înregistrată la Consiliu sub nr. ..., ... SA depune Concluzii ca urmare a transmiterii de către Autoritatea contractantă a Punctului de vedere, înregistrat cu nr. A1905/15.03.20201, precum și a Cererii de intervenție din data de 17.03.2021, formulată de SA - în calitate de Lider de Asocierii SRL S.A (lider) - SRL GALAȚI, solicitând admiterea contestației, pentru următoarele motive:

SINTEZA MOTIVELOR DE NELEGALITATE CU PRIVIRE LA EVALUAREA OFERTEI DEPUȘĂ DE ASOCIEREA SRL S.A (LIDER) - SRL GALAȚI

1) Contestatorul susține că oferta Asocierii câștigătoare trebuia declarată ca fiind inacceptabilă, în temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

În acest context, petentul supune atenției Consiliului conținutul Răspunsului la clarificări, înregistrat cu nr. 01/1865/17.11.2020, prin care Asocierea câștigătoare, transmite răspunsul la clarificări cu privire la atribuțiile fiecărui asociat în realizarea obiectului prezentului contract (Anexa nr. 1 la prezentele Concluzii).

De asemenea, pune în discuția Consiliului și conținutul Acordului de Asociere (Anexa nr. 2).

După cum se învederează din conținutul documentelor indicate, contestatorul solicită CNSC să constate că, în conținutul Acordului de Asociere sunt precizate activități care revin exclusiv în sarcina Ofertantului, cum ar fi obținerea avizului tehnic de racordare la sistemul de distribuție energie electrică, prestarea serviciilor (întocmire proiect tehnic de execuție cu detalii de execuție - P.Th. + D.E.), documentații tehnice pentru obținerea avizelor și autorizațiilor, inclusiv obținerea acestora, documentație tehnică pentru organizarea execuției lucrărilor (D.T.O.E), verificare tehnică a documentațiilor tehnice, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada derulării contractului), iar prin Răspunsul la clarificare, înregistrat cu nr. 01/1865/17.11.2020, se precizează faptul că, atât liderul de asociere, ..., cât și

asociatul SRL GALAȚI vor realiza împreună toate obiectele/categoriile de lucrări identificate în cadrul documentației de atribuire.

Este evident în opinia petentului, caracterul defectuos al verificării efectuate de comisia de evaluare și a deciziei luate de aceasta, având în vedere că acest aspect criticat de a făcut obiectul unor solicitări de clarificări și, cu toate acestea, deși în Acordul de Asociere sunt precizate activități care revin exclusiv în sarcina Ofertantului, iar prin Răspunsul la clarificare se precizează faptul că, atât liderul de asociere, ..., cât și asociatul SRL GALAȚI vor executa împreună toate activitățile identificate în cadrul documentației de atribuire, totuși Autoritatea contractantă consideră, în mod eronat, Răspunsul la clarificări ca fiind concludent.

În lumina celor prezentate, contestatorul solicită CNSC să aprecieze ca fiind neconcludent Răspunsul la clarificări înregistrat cu nr. 01/1865/17.11.2020. În plus, având în vedere că ofertantul modifică prin răspunsul pe care l-a prezentat comisiei de evaluare cele declarate în Acordul de asociere, petentul apreciază că oferta acestuia se impunea a fi declarată ca fiind inacceptabilă și potrivit art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016.

Așa cum a reținut și Curtea de Apel Alba Iulia, prin Decizia nr. ..., pronunțată în dosarul ..., operatorii economici au obligația de a întreprinde anumite demersuri care să probeze cerințele impuse prin documentația de atribuire.

Reiterează petentul faptul că, riscul întocmirii răspunsului la solicitarea de clarificări, ca de altfel și al întocmirii ofertei, cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă, având în vedere discrepanțele existente între cele declarate în cadrul Acordul de asociere și cele declarate prin Răspunsul la clarificare, înregistrat cu nr. 01/1865/17.11.2020.

2) Contestatorul apreciază că oferta Asocierii câștigătoare trebuia exclusă în temeiul art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016 - emiterea și utilizarea de declarații false.

Se reliefează faptul că, declarațiile din DUAЕ au fost efectuate până la data de 28.10.2020, ora 15:00, această dată reprezentând data limită de depunere a ofertelor în cadrul prezentei proceduri.

La data respectivă în sarcina Subcontractantului SA exista Decizia de impunere suplimentară nr. ... (în sumă de 432.340,00 lei). Anulare acestei decizii a constituit obiectul dosarului aflat pe rolul Curții de Apel Galați cu nr. ..., calea de atac a recursului fiind înregistrată la 07.07.2020 (anterior datei limită de depunere a ofertelor), iar soluția în acest dosar fiind pronunțată la data de 22.12.2020 - prin Hotărârea nr. ... astfel: Respinge recursul ca nefondat Definitivă. Document: Hotărâre În susținere, petentul a anexat extras de pe portalul instanțelor de judecată (Anexa 3 la Contestația depusă).

Mai mult, așa cum petentul a ilustrat prin intermediul Contestației, deși SA a încercat să conteste executarea silită a deciziei de impunere anterior-menționată, în Dosarul nr. al Judecătoriei s-a

dispus exclusiv suspendarea judecării cauzei până la soluționarea Dosarului nr. ... având ca obiect anularea deciziei de impunere.

Așa cum ofertantul contestator a probat cu jurisprudența invocată prin intermediul Contestației apreciază că, declarația inițială a Asocierii când a bifat "NU" pentru Subcontractantul SA a avut efect asupra a ceea ce urma să verifice Autoritatea contractantă în privința motivelor de excludere.

Cu alte cuvinte, având în vedere împrejurările prezentei spețe, contestatorul apreciază că, Asocierea SRL S.A (lider) - SRL GALAȚI, prin intermediul DUAЕ inițial, depus pentru Subcontractantul SA, alegând să nu informeze Autoritatea contractantă despre situația de excludere reglementată la art. 165 din Legea 98/2016 și-a asumat riscul respingerii ofertei sale, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016.

În acest sens, petentul indică și Decizia CNSC nr., rămasă definitivă prin decizia civilă nr. ..., pronunțată de Curtea de Apel Suceava în dosarul nr., prin care se reliefează la pagina 136 următoarele: "în condițiile în care, în DUAЕ, SC..., a declarat că nu se află în vreo situație de excludere prevăzută de art 167 din Legea nr. 98/2016, demonstrându-și explicit lipsa de credibilitate, acțiunea autorității contractante de a- i solicita dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere (motive de excludere a căror existență a negat-o prin declarația nereală din DUAЕ) este o acțiune contrară principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, este o acțiune de favorizare a unui ofertant interzisă și potrivit prevederilor art. 209 alin. (2) din același act normativ.

Așa cum a subliniat și Consiliul prin decizia indicată anterior (pagina 137), formularul DUAЕ impunea declararea situațiilor juridice existente la momentul completării și permite totodată ofertantului sa precizeze existența unor circumstanțe relevante (cum este cazul contestării anumitor acte), urmând în evaluare, comisia să stabilească efectele acestor acte în procedură. Având în vedere rolul DUAЕ și efectele pe care le produce, completarea acestuia de către ofertanți, ofertantul avea obligația de bifa corepunzător, răspunsul afirmativ, la întrebarea care viza existența unui contract/acord-cadru de achiziții publice anterior care a fost reziliat anticipat."

Prin urmare, contestatorul se raliează la opinia Consiliului exprimată în speța anterioară (pagina 138), din care rezultă că, Autoritatea contractantă, la momentul evaluării documentelor justificative DUAЕ, avea obligația de a constata faptul că Asocierea SRL S.A (lider) - SRL ..., se află în situația de excludere prevăzută de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, în speță nemaifiind posibilă o ulterioară demonstrare a credibilității.

Se arată că prin Punctul de vedere transmis, Autoritatea contractantă confirmă că a favorizat Asocierea SRL S.A (lider) - SRL ... (pagina 2), aspect care rezultă din afirmația acesteia potrivit căreia, un reprezentant a avut o convorbire telefonică la Serviciul

Constatare Impunere Persoane Juridice - Primăria în legătură cu datoria înregistrată de subcontractantul SA

Relievează petentul faptul că, Autoritățile contractante nu au discreție nelimitată în declararea ca fiind admisibile și conforme a unor oferte care nu îndeplinesc cerințele legale.

O astfel de discreție ar spori riscul arbitrariului din partea autorităților contractante și ar reprezenta piedici semnificative în privința inovației. Contestatorul subliniază că în prezentul caz, Autoritatea contractantă a încălcat principiul tratamentului egal, reglementat în cuprinsul art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, acțiunea acesteia a de apela telefonic o autoritate în vederea favorizării unui ofertant, depășind atribuțiile acesteia în procesul de evaluare, atribuții reglementate în cuprinsul art. 133 din HG nr. 395/2016.

3) Contestatorul susține imposibilitatea aplicării dispozițiilor art. 170 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016 - privind înlocuirea Subcontractantului SA

Contestatorul debutează în prezenta secțiune prin reliefarea aspectului potrivit căruia, din interpretarea sistematică a legislației incidente, rezultă indubitabil că, înlocuirea unui subcontractant poate fi solicitată doar cu aplicarea dispozițiilor art. 171 din Legea nr. 98/2016.

După cum se învederează din normele legale, la art. 171 nu este reglementată ipoteza de la art. 165 din Legea nr. 98/2016, respectiv nu este prevăzută posibilitatea înlocuirii unui subcontractant care se află în ipoteza art. 165 din Legea nr. 98/2016, cum a fost cazul SA

În considerarea celor prezentate, contestatorul apreciază că, în mod eronat, Autoritatea contractantă a solicitat Asocierii SRL S.A (lider) - SRL GALAȚI, prin Adresa cu nr. A-1163 din data de 16.02.2021 înlocuirea Subcontractantului, având în vedere că, motivul de excludere reglementat de art. 165 din Legea nr. 98/2016 nu se regăsește în cuprinsul art. 171 care reglementează în mod strict situațiile în care poate fi înlocuit un subcontractant.

Luând în considerare aspectele prezentate anterior, care confirmă gravitatea încadrării unui operator economic în motivul de excludere reglementat de art. 165 din Legea nr. 98/2016 precum și imposibilitatea aplicării prevederilor art. 170 alin. (2) din aceeași lege în această ipoteză, este evidentă pentru petent nelegalitatea deciziei autorității contractante de a solicita și de a premite Asocierii SRL S.A (lider) - SRL GALAȚI înlocuirea Subcontractantului SA

În plus, contestatorul opinează că aplicarea acestei măsuri de menținere în competiție a asocierii respective este nelegală în contextul în care lipsa de credibilitate a operatorului economic, respectiv reaua sa credință rezultă cu evidență din faptul că a omis să indice în DUAE existența motivului de excludere privind lipsa obligațiilor de plată către bugetul de stat.

Este indubitabil pentru petent că, prin înlocuirea subcontractantului care a declarat în fals că nu se află în motivul de excludere privind încălcarea obligațiilor fiscale și nici nu a adoptat măsura de autocorectare

constând în achitarea datoriilor restante, comisia de evaluare din cadrul autorității contractante a încurajat practic atitudinea negativă a unui operator economic care a ales să eludeze legislația fiscală în detrimentul entităților care plătesc de bună-credință și în mod voluntar taxele și impozitele legale.

În final, contestatorul evidențiază faptul că, toate criticile Intervenientei cu privire la oferta sa au fost deja analizate de către Consiliu, în acest sens fiind pronunțată Decizia CNSC nr., care a rămans definitivă și se bucură de autoritate de lucru judecat.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu sub nr. ..., ... S.A., formulează Concluzii Scrise cu privire la susținerile S.A., în calitate de lider al asocierii S.A., ... S.R.L., precizând următoarele:

Cu privire la susținerile din cuprinsul concluziilor contestatoarei privind pretinsa inacceptabilitate a ofertei S.A., în temeiul art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016, intervenientul prezintă în continuare argumente clare și pertinente ce demonstrează netemeinicia susținerilor Contestatoarei detaliate de aceasta la acest prim punct al concluziilor sale:

(a) Din analiza coroborată chiar a documentelor depuse ca anexă la Concluziile Contestatoarei (i.e. Răspunsul intervenientului la clarificări nr. 01/1865/17.11.2020 și acordul de asociere) reiese cu prisosință faptul că Asocierea a respectat întocmai cerințele documentației de atribuire aferente asocierilor ce depun ofertă comună în cadrul Procedurii (pe lângă formalitățile solicitate separat pentru fiecare membru al Asocierii).

Astfel, intervenientul afirmă că a întocmit și depus ca parte a ofertei inclusiv acordul de asociere nr. 01/19.10.2020 („Acordul de Asociere”) cu respectarea exactă a Formularului nr. 2 - parte integrantă a documentației de atribuire, detaliind la art. 6 convenția asociaților (i) atât cu privire la partea din contractul de achiziție publică pe care îl va realiza fiecare în parte, cât și (ii) cu privire la cotele efective de participare pe care fiecare asociat le va avea în cadrul Asocierii, cu indicarea expresă a acestora.

De asemenea, se poate observa și faptul că Acordul de Asociere reflectă și detaliază în mod corespunzător înțelegerea ce a fost negociată de asociați, voința lor fiind pe deplin asumată și urmând a fi menținută pentru toată durata convenită pentru funcționarea Asocierii, conform scopului comun avut în vedere prin raport la obiectivele viitorului contract de achiziție publică. În acest mod, Asocierea a limitat apariția oricăror sincope în derularea acestui contract.

(b) Aserțiunea Contestatoarei potrivit căreia răspunsul intervenientului la clarificări a fost unul neconcludent deoarece în Acordul de Asociere a „precizat activități ce revin exclusiv în sarcina Ofertantului, iar prin Răspunsul la clarificare se precizează faptul că, atât liderul de asociere, ..., cât și asociatul SRL GALAȚI vor executa împreună toate activitățile identificate...)” este un aspect ce dovedește doar o simplă interpretare complet eronată și în contra realității de drept și de fapt. Aceasta deoarece „executarea împreună” este de însăși esența unei asocieri, aceasta având drept finalitate ducerea la bun

sfârșit a contractului de achiziție publică. O asemenea evidență se transpune în speța de față prin faptul că executarea de către membrii Asocierii, în comun, a tuturor obiectivelor contractului obiect al Procedurii se va face potrivit „împărțirii” acestora între asociați, astfel cum a fost aceasta convenită și detaliată de aceștia la art. 6 din Acordul de Asociere.

(c) Anexarea de către intervenient în cadrul răspunsului la solicitările de clarificări ale Autorității Contractante a documentului intitulat "Defalcarea lucrărilor între asociați" a fost făcută în considerarea buneii sale credințe, dovedind astfel Autorității Contractante că membrii Asocierii au, în fapt, o reprezentare și înțelegere clară cu privire la modalitatea de împărțire detaliată a activităților ce urmează a fi realizate atât de membrii Asocierii, cât și de către fiecare dintre subcontractorii propuși, oferind totodată și informațiile solicitate. De asemenea, intervenientul arată că prin răspunsul său nu a făcut altceva decât să clarifice Autorității Contractante aspecte din Acordul de Asociere și a depus în susținere documentul anterior menționat.

Așadar, astfel cum se poate concluziona inclusiv din analiza tuturor acestor documente, prin răspunsul oferit, Asocierea nu a modificat în niciun fel cele declarate în Acordul de Asociere. Cu atât mai mult, în speță nu pot fi incidente prevederile art. 134 alin. (6) din H.G. nr. 395/2016 (așa cum susține Contestatoarea) deoarece în mod evident răspunsul intervenientului nu a modificat în niciun fel conținutul propunerii tehnice sau propunerii financiare.

(d) Ca un aspect corelativ, raportat la toate susținerile de la punctul 1) al Concluziilor Contestatoarei, într-o variantă ipotetică, teoretică, intervenientul precizează inclusiv faptul că implementarea cu succes și la termen a unui contract de achiziție publică poate fi realizată în mod practic chiar și în situația în care respectivul contract a fost atribuit și semnat cu un ofertant (asociere) în considerarea capacităților acestuia, proprii și/sau în cumul cu ale altor entități, iar respectiva asociere ar suferi modificări la nivel intern (i.e. schimbarea Liderului, retragerea unuia/mai multor membri ai săi).

O asemenea posibilitate a fost confirmată de-a lungul timpului de către Agenția Națională pentru Achiziții Publice care a arătat următoarele: „De asemenea precizăm că în cazul în care un/mai mulți membru/membri ai asocierii solicită retragerea din asocierea cu care a fost încheiat un contract de achiziție publică, este posibilă continuarea derulării contractului în cauză de către membru/membrii asocierii rămas/rămași, cu condiția ca autoritatea contractantă să verifice dacă acesta/aceștia are/au capacitatea de a derula contractul de achiziție publică în aceleași condiții ca și asocierea desemnată câștigătoare și semnatară a contractului de achiziție publică, urmând ca aspectele ce țin de răspunderea comună ce derivă din asociere să fie reglate între asociați.”

Mai mult, această posibilitate a fost preluată și la nivelul legislației terțiare, art. 7 alin. (2) lit b) din Instrucțiunea președintelui Agenției Naționale pentru Achiziții Publice nr. 1 din 8 ianuarie 2021 privind modificarea contractului de achiziție publică/contractului de achiziție sectorială/acordului-cadru prevăzând, textual, că: „(2) Modificarea unui

contract/acord-cadru este considerată nesubstantială în sensul alin. (1) atunci când prin modificare contractul/acordul-cadru nu prezintă caracteristici care diferă în mod substanțial de cele ale documentului inițial, cum ar fi și fără a se limita la: (...)

b) înlocuirea liderului asocierii prin preluarea acestei calități de către unul din membrii asocierii și/sau modificarea componentei inițiale a asocierii prin preluarea atribuțiilor unui/unor membru/membri de către alt asociat/restul asociaților, cu condiția ca, de exemplu, după modificarea componentei, membrii asocierii să îndeplinească cerințele de calificare și selecție stabilite inițial în documentația de atribuire și cu respectarea, după caz, a condiției prevăzute la art. 186 din Legea nr. 98/2016, respectiv la art. 200 din Legea nr. 99/2016”.

Așadar, în lumina acestor aspecte, impunerea unor cerințe la un nivel atât de amănunțit precum cel care i-a fost solicitat intervenientului prin solicitarea de clarificări nu are o justificare practică, deoarece, într-o situație ipotetică, intervenientul ar putea fi în măsură să ducă la bunsfârșit contractul de achiziție ce face obiectul prezentei Proceduri chiar și în cazul în care structura sa actuală ar suferi modificări.

(e) În plus, așa cum a menționat și în cererea sa de intervenție, intervenientul reține că în cadrul punctului său de vedere, Autoritatea Contractantă a arătat că în acordul de asociere prezentat inițial de către Asocierea dintre S.C. S.A. (lider) și S.C. S.R.L. GALAȚI sunt precizate părțile din contract ce le va executa fiecare membru al asocierii, respectând cerința autorității contractante.

Pe cale de consecință, din economia tuturor celor prezentate anterior, intervenientul afirmă că Asocierea pe care o reprezintă a respectat și s-a conformat întocmai tuturor prevederilor documentației de atribuire aplicabile asocierilor ce au dorit să depună ofertă în cadrul Procedurii, oferind Autorității Contractante, în considerarea bunei sale credințe, toate informațiile necesare și solicitate de aceasta, chiar dacă solicitările sale au excedat cerințelor din cadrul documentației de atribuire. Mai mult, intervenientul susține că are posibilitatea legală de a derula și implementa cu succes și la termen contractul de achiziție publică chiar și în situația în care structura actuală ar suferi modificări.

Referitor la susținerile din cuprinsul concluziilor contestatoarei cu privire la pretinsa necesitate a excluderii ofertei câștigătoare în temeiul art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, intervenientul arată că contestatoarea nu face altceva decât să reia, practic, toate susținerile avute cu privire la acest punct în cuprinsul contestației sale, ceea ce nu schimbă cu nimic caracterul complet eronat și netemeinic al acestora. Aceasta deoarece:

(a) Pentru subcontractorul propus inițial, ... S.A., au fost depuse toate documentele necesare probării celor declarate în DUAE și care au reliefat întocmai situația acestei societăți la data depunerii lor, inclusiv faptul că în sarcina acesteia exista, cu titlu de datorii la bugetul local, suma de 5.096 lei și suma de 420.567 lei, cu mențiunea „SUME ÎN LITIGIU”.

În contra susținerilor Contestatoarei care încearcă să inducă ideea complet eronată cum că ar fi existat doar o „încercare” de contestare a executării silite, intervenientul afirmă că mențiunea „SUME ÎN LITIGIU” a fost corect reținută și inserată de organul fiscal în certificatele emise și în considerarea încheierii din data de 17.05.2018 pronunțată de Judecătoria în dosarul nr. ..., prin care instanța a admis suspendarea executării silite formulată de S.A. până la soluționarea definitivă a dosarului nr. ... având ca obiect contestație la executare, dosar nesoluționat la data limită de depunere a ofertelor;

(b) Intervenientul opinează că invocarea de către Contestatoare a Deciziei C.N.S.C. nr. ... Curtea de Apel Suceava în dosarul nr. ... nu are nicio relevanță în speța de față, aceasta tratând situația unei societăți care a declarat că nu se află în vreo situație de excludere prevăzută de art. 167 din Legea nr. 98/2018. Așadar, nu este vorba de o analogie/tratare a unei situații perfect identice cu cea de față care să justifice o eventuală luare în considerare a sa, respectiv o situație în care ar exista o (pretinsă) declarație neconformă cu realitatea a unui subcontractor ce l-ar fi plasat pe aceasta din urmă într-unul din cazurile de excludere de la art. 165 din Legea nr. 98/2016, ci de o situație ce s-a încadrat în prevederile art. 167 din Legea nr. 98/2018. Or, într-un atare caz, în temeiul art. 171 din același act normativ, un operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 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”, posibilitate inexistentă în cazurile reglementate la art. 165 din Legea nr. 98/2016.

Tocmai o asemenea situație precum cea de mai sus pare a fi unul din motivele ce a determinat Consiliul să rețină în mod constant în practica sa faptul că referiri „la practica jurisprudenței Consiliului și cea națională nu pot fi reținute având în vedere, pe de o parte, faptul că fiecare speță în parte are specificul său și un anumit probatoriu administrat în cauză de părți, iar pe de altă parte, în dreptul românesc, precedentul judiciar nu constituie izvor de drept”.

(c) Intervenientul remarcă faptul că contestatoarea, pentru motive care ne eludează dar care denotă o vădită lipsă de fundament, face inclusiv trimiteri greșite la textele de lege invocate. Astfel, aceasta susține că Asocierea „se află în situația de excludere prevăzută de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016(...)” (pag. 5 din Concluziile Contestatoarei). Ofertantul este convins că, de fapt, trimiterea se voia a fi făcută la lit. h) menționată inițial, în caz contrar aflându-ne în situația în care prin Concluziile Contestatoarei s-ar aduce critici noi față de cele învederate prin contestație, ceea ce în mod evident nu ar putea fi primit.

(d) Se menționează faptul că contestatoarea introduce totuși o nouă critică pe care, în temeiul art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, solicită CNSC să o respină ca inadmisibilă. Se are aici în vedere susținerea potrivit căreia Autoritatea Contractantă ar fi favorizat Asocierea ca urmare a contactării unui reprezentant al organului fiscal competent în legătură cu datoria înregistrată de S.A. și astfel s-ar fi încălcat

principiul tratamentului egal reglementat la art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016.

Pe lângă inadmisibilitatea evidentă a unui asemenea capăt de cerere la acest moment, intervenientul precizează că o asemenea aserțiune nu are niciun fel de fundament deoarece:

Autoritatea Contractantă nu a făcut altceva decât să realizeze o simplă verificare privind situația de fapt constatată cu privire la S.A., demers menit a-i clarifica în acest mod comisiei de evaluare în mod direct situația în discuție. Nu se poate deci reține că o asemenea atitudine activă din partea Autorității Contractante ar fi determinat favorizarea în vreun fel a Asocierii, intervenientul putând chiar să suporte consecințe neplăcute în cazul în care, în urma celor astfel constatate, s-ar fi ajuns la concluzia că oferta sa nu ar fi fost admisibilă și, în consecință, ar fi fost respinsă. Mai mult, acest demers a fost unul suplimentar care nici nu s-ar fi impus, documentele și informațiile depuse de Asocierie cu privire la situația existentă fiind mai mult decât clare în dovedirea inexistenței, la acel moment, a oricărei situații de excludere prevăzute de legislația achizițiilor publice în care s-ar fi putut afla subcontractantul propus inițial. Cu toate acestea, Autoritatea Contractantă a dovedit o diligență sporită în derularea conformă a Procedurii și în a se asigura de faptul că atribuirea contractului se va face unui ofertant capabil a-l implementa cu succes și la termen.

Așa cum a arătat anterior, intervenientul susține că realizarea demersului antemenționat nu a fost făcut de Autoritatea Contractantă prin depășirea atribuțiilor sale ci, din contră, în exercitarea întocmai a tuturor acestora și a rolului său activ, în pofida susținerilor contrare ale Contestatoarei. Mai mult, aceasta din urmă înțelege să facă trimitere la prevederile art. 133 din H.G. nr. 395/2016 ca bază legală de reglementare a tuturor atribuțiilor pe care le poate avea o autoritate contractantă, însă textul de lege invocat nu dispune decât cu privire la obligația pe care o are comisia de evaluare „de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punct de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punct de vedere al aspectelor financiare pe care le implică” - deci nimic în legătură cu presupusa discreție limitată/nelimitată a autorităților contractante în declararea ofertelor ca admisibile sau inadmisibile.

În plus, ofertantul arată că dreptul legal al autorităților contractante de a efectua asemenea verificări directe transpare inclusiv din economia următoarelor texte legale (enumerate cu caracter exemplificativ):

- art. 168 alin. (2) din Legea nr. 98/2016: „în cazul în care există incertitudini în ceea ce privește existența sau inexistența unei situații de excludere, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita în mod direct informații de la autoritățile competente străine prevăzute la alin. (1).”

- art. 193 alin. (4) și (5) din Legea nr. 98/2016:

„(4) Pe lângă informațiile prevăzute la alin. (1)-(3), DUAE conține și informații cu privire la autoritatea publică sau partea terță responsabilă cu întocmirea documentelor justificative, precum și o declarație oficială care să ateste că operatorul economic are obligația să furnizeze, la cerere și fără întârziere, documentele justificative respective.

(5) În cazul în care autoritatea contractantă poate obține documentele justificative prevăzute la alin. (4) în mod direct, prin accesarea unei baze de date, DUAE cuprinde, de asemenea, informațiile solicitate în acest scop, cum ar fi adresa de internet a bazei de date, orice dată de identificare și, dacă este cazul, declarația necesară de acordare a consimțământului."

Așadar, în virtutea tuturor acestor prevederi legale ce consacră în mod clar autorităților contractante un rol activ în cadrul procedurilor pe care le derulează și în considerarea inclusiv a principiului potrivit căruia qui potest maius, potest et minus (cine poate mai mult poate și mai puțin), autoritățile contractante pot deci solicita și obține în mod legal și direct informații de la autorități competente naționale, cum este și cazul de față, fără ca prin aceasta să se considere că favorizează vreunul din operatorii economici ce participă la o procedură de achiziție publică.

Ca un aspect corelativ, mergând pe logica Contestatoarei, intervenientul afirmă că s-ar putea susține și teza (exprimată aici extrem de simplist) potrivit căreia favorizarea s-ar face unui cu totul alt ofertant decât cel în legătură cu care autoritatea contractantă efectuează un demers precum cel în discuție, deoarece respectivul demers se poate finaliza prin descalificarea ofertei verificate și, în acest mod, atribuirea contractului s-ar face către un alt ofertant care ar fi astfel favorizat ca urmare a verificărilor directe realizate de autoritatea contractantă.

În ceea ce privește aserțiunile din cuprinsul concluziilor contestatoarei referitoare la presupusa imposibilitate de aplicare a dispozițiilor art. 170 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016,

3. Reluând în esență exact aceleași susțineri pe care le-a avut și în cuprinsul contestației sale, intervenientul reține că Contestatoarea se mărginește să mai adauge la acest punct (i) doar o reiterare a presupusului motiv de excludere privind lipsa obligațiilor de plată la bugetul de stat și (ii) o acuzație lansată la adresa comisiei de evaluare care, în opinia Contestatoarei, prin înlocuirea subcontractantului inițial, „a încurajat practic atitudinea negativă a unui operator economic care a ales să eludeze legislația fiscală în detrimentul entităților care plătesc cu bună-credință și în mod voluntar taxele și impozitele legale".

Or, toate acestea sunt doar simple opinii și interpretări proprii ale Contestatoarei ce nu au niciun fundament legal deoarece, așa cum intervenientul a arătat și în cererea sa de intervenție:

(a) prin raport la prevederile art. 170 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, legiuitorul a impus în sarcina autorităților contractante obligația de a verifica incidența uneia dintre situațiile de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167 în legătură cu subcontractanții propuși de ofertanți, iar în cazul în care identifică oricare dintre aceste situații de excludere, deci inclusiv dintre cele reglementate de art. 165, vor solicita respectivului ofertant înlocuirea o singură dată a respectivului subcontractant.

(b) Intervenientul susține că sintagma de la alin. (2) al art. 170 „cu aplicarea în mod corespunzător a dispozițiilor art. 171" invocată de Contestatoare ca temei al presupusei limitări privind înlocuirea unui subcontractant nu are în vedere posibilitatea înlocuirii unui subcontractant

doar cu aplicarea prevederilor art. 171 din Legea nr. 98/2016, ci doar impune în sarcina autorităților contractante obligația de a face aplicarea art. 171 mutatis mutandis și pentru subcontractorul care s-ar afla „în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire” și astfel, de a-i oferi acestuia posibilitatea de a 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” (art. 171 reglementează situația operatorului economic aflat în asemenea situații).

(c) Se reține că trebuie avut în vedere inclusiv faptul că situațiile de excludere reglementate de art. 165 din Legea nr. 98/2016 nu sunt de natura celor prevăzute la art. 164 și 167 din același act normativ, sens în care, prin raport la gravitatea primelor, acestea nu ar putea fi în mod evident remediate prin simple măsuri luate de ofertanți/subcontractanți ce ar putea fi considerate „suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere”.

(d) C.N.S.C. a decis în situații similare celei din speța de față în sensul că înlocuirea unui subcontractant, în condițiile în care acesta se afla în situațiile de excludere prevăzute la art. 165 din Legea nr. 98/2016, s-a efectuat în mod corect de către autoritatea contractantă cu respectarea dispozițiilor art. 170 alin. (1) și (2) din același act normativ,

4. Deși intervenientul nu înțelege pe deplin aserțiunea din finalul Concluziilor Contestatoarei, acesta necriticând în vreun fel oferta sa, face totuși precizarea că, potrivit jurisprudenței în materie, autoritatea de lucru judecat „reprezintă un principiu ce guvernează activitate de îndeplinire a justiției și în virtutea căruia un litigiu soluționat printr-o hotărâre judecătorească definitivă nu mai poate forma obiectul unui nou proces având același obiect, aceeași cauză și aceleași părți.

Ea este caracteristică doar hotărârilor judecătorești și nu actelor administrativ- juridictionale{...}” (Decizia nr. 7079/02.11.2017, Curtea de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal).

În concluzie, în considerarea tuturor celor prezentate în cererea de intervenție și a prezentelor concluzii scrise, intervenientul solicită admiterea, în principiu, a cererii de intervenție, astfel cum a fost formulată, respingerea contestației ca nefondată și neîntemeiată, precum și menținerea rezultatului Procedurii și, pe cale de consecință, constatarea legalității declarării ofertei sale ca fiind câștigătoare.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect "... .. - „LUCRĂRI DE INTERVENȚIE”, cod CPV 45240000-1. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare simplificat nr. ..., criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”.

În raportul procedurii nr. A13357/08.12.2020 s-a consemnat depunerea a 2 oferte, respingerea ofertei depusă de asocieria SA

- ... SRL ca neconformă, admisibilitatea ofertei depusă de asocierea SA - SRL, precum și desemnarea acesteia ca fiind câștigătoarea procedurii, cu o propunere financiară de 15.822.220,00 lei fără TVA.

Împotriva raportului procedurii nr. A13357/08.12.2020, precum și a tuturor documentelor ce au stat la baza declarării ofertei Asocierii SA - ca neconformă, ... SA în calitate de lider de asociere a formulat contestația care a făcut obiectul dosarului nr. ..., soluționată prin decizia nr. ..., prin care:

- s-a admis contestația formulată de către SA

- s-a dispus anularea deciziei de respingere ca neconformă a ofertei depusă de Asocierea SC SA (lider) - SC ... SRL, anularea raportului procedurii nr. A13357/08.12.2020 în partea privind oferta depusă de Asocierea SC SA (lider) - SC SRL precum și a comunicărilor subsecvente;

- s-a obligat autoritatea contractantă la continuarea procedurii prin reevaluarea ofertei depusă de Asocierea SC SA (lider) - SC ... SRL potrivit motivării și desemnarea ofertei câștigătoare dintre ofertele admisibile, în termen de 10 zile de la comunicarea deciziei;

- s-a respins cererea de intervenție formulată de SA.

În raportul procedurii nr. A1513/01.03.2021 s-a consemnat admisibilitatea ofertelor depuse de asocierea SA - SRL și asocierea SA - ... SRL, precum și desemnarea ofertei depusă de asocierea SA - SRL ca fiind câștigătoarea procedurii, cu o propunere financiară de 15.822.220,00 lei fără TVA, asocierea SA - ... SRL situându-se pe locul 2 cu o propunere financiară de 17.184.919,31 lei fără TVA.

Împotriva rezultatului procedurii transmis prin adresa nr. A1521/01.03.2021, precum și a raportului procedurii nr. A1513/01.03.2021, ... SA a formulat contestația care face obiectul dosarului nr. 530/2021.

Ca un aspect prealabil, Consiliul va admite, în principiu, cererea de intervenție formulată de SA în calitate de lider al asocierii SA - SRL. Acesta are interes să intervină în cauză, deoarece a fost desemnat câștigător al procedurii potrivit raportului procedurii nr. A1513/01.03.2021, fiind incidente în cauză dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și art. 61 și următoarele din cod procedură civilă.

Analizând contestația formulate de SA, în calitate de lider al asocierii SA - SRL, Consiliul reține că acesta aduce critici privind oferta câștigătoare depusă de asocierea SA - SRL, sub următoarele aspecte:

- modul de prezentare a acordului de asociere, deoarece nu s-au precizat care sunt activitățile ce revin fiecărui membru al asocierii;

- oferta asocierii câștigătoare trebuia exclusă în temeiul art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, întrucât subcontractorul propus, ...

S.A. ar fi omis să informeze în mod corect autoritatea contractantă în legătură cu existența unor datorii la bugetul local;

- imposibilitatea aplicării dispozițiilor art. 170 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, privind înlocuirea subcontractantului SA;

-de asemenea, contestatorul critică și „lipsa de diligență a autorității contractante și în ceea ce privește verificarea (in)capacității financiare de derulare a contractului de achiziție publică de către Asocieria SA - SRL”.

Din verificarea documentelor aflate la dosar, Consiliul reține, cu privire la primul aspect contestat că asocieria SA - SRL a depus în ofertă acordul de asociere.

Ulterior, prin adresa nr. A12463/16.11.2020, autoritatea contractantă i-a solicitat să procedeze la detalierea părților din contract ce vor fi executate de fiecare membru al asocierii, prin enumerarea obiectivelor/ categoriilor de lucrări ce revin fiecărui ofertant; asocieria a răspuns cu adresa nr. 01/1865/17.11.2020, depunând în completare acord de asociere conform căruia asociații au reglementat, convenit și detaliat în mod corespunzător atât asupra părții din contractul de achiziție publică pe care îl va realiza fiecare, cât și asupra cotelor de participare pe care fiecare asociat le va avea în cadrul Asocierii, cu indicarea expresă a acestora.

Se reține că la răspunsul transmis, a fost anexat și documentul intitulat „Defalcarea lucrărilor între asociați” în cuprinsul căruia sunt enumerate obiectivele ce revin fiecărui asociat, oferind astfel informațiile solicitate de autoritatea contractantă. Prin urmare, critica formulată de contestator va fi respinsă ca nefondată.

În ceea ce privește critica contestatorului privind înlocuirea subcontractantului SA, se reține că prin adresa nr. A1163/13.02.2021, autoritatea contractantă i-a solicitat asocierii desemnată câștigătoare, în temeiul art. 170 alin. (1) și (2), următoarele: „având în vedere că SA se află în situațiile prevăzute la art. 165 din Legea nr. 98/2016, respectiv înregistrează datorii la bugetul local, se solicită înlocuirea acestui subcontractant în conformitate cu art. 170 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016”.

Asocieria a dat curs solicitării autorității în data de 18.02.2021 înlocuind subcontractantul S.A. cu un nou subcontractant, respectiv Metaltrade International S.R.L., transmițând documentele justificative aferente acestuia (acord de subcontractare, declarații, certificat ONRC, caziere, certificate de atestare fiscală) cu precizarea că acesta va prelua integral părțile din contract ce urmau să fie executate de subcontractantul înlocuit - obiectivele 1,10 și 12, în valoare de 311.300 lei, reprezentând 1,97% din contract.

În urma analizării documentelor pe care le-a depus pentru Metaltrade International S.R.L., autoritatea contractantă a decis acceptarea acestuia.

Potrivit art. 170 din Legea nr. 98/2016, „(1) Autoritatea contractantă are obligația de a verifica inexistența unei situații de excludere la art. 164, 165 și 167 în legătură cu subcontractanții propuși.

(2) În cazul în care este identificată o situație de excludere, cu aplicarea în mod corespunzător a dispozițiilor art. 171, autoritatea contractantă solicită ofertantului/candidatului o singură dată să înlocuiască un subcontractant în legătură cu care a rezultat, în urma verificării, că se află în această situație."

Rezultă că legiuitorul a impus în sarcina autorităților contractante obligația de a verifica incidența uneia dintre situațiile de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167 în legătură cu subcontractanții propuși de ofertanți, iar în cazul în care identifică oricare dintre aceste situații de excludere, va solicita respectivului ofertant înlocuirea o singură dată a respectivului subcontractant.

Așa cum reiese din cele expuse anterior, autoritatea contractantă a permis asocierii câștigătoare înlocuirea subcontractantului declarat, ... S.A. cu un altul, respectiv S.R.L. în condițiile prevăzute de dispozițiile art. 170 din Legea nr. 98/2016, iar critica contestatorului sub acest aspect va fi respinsă ca nefondată.

În aceste condiții, criticile contestatorului privind excluderea ofertei câștigătoare în temeiul art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, pe motiv că subcontractorul propus S.A. ar avea datorii la bugetul local nu mai au relevanță, întrucât acesta a fost înlocuit, în condițiile legii.

Referitor la critica privind „lipsa de diligență a autorității contractante și în ceea ce privește verificarea (in)capacității financiare de derulare a contractului de achiziție publică de către Asocierea SA - SRL”, Consiliul apreciază că susținerile contestatorului nu au nicio relevanță cu privire la procedură, întrucât prin documentația de atribuire nu au fost formulate cerințe în acest sens.

În opinia Consiliului, contestatorul a formulat doar niște speculații care vizează date financiare valabile la finele anului 2019 pe site-ul, privind capitalul societăților SA și SRL.

Totodată, se reține că procedura în cauză este simplificată, fiind aplicabile prevederile art. 113 alin. (11) din Legea nr. 98/2016 potrivit căroră în cadrul unei asemenea proceduri pot fi solicitate doar cerințe privind: „d) motive de excludere, în conformitate cu capitolul IV, secțiunea a 6-a, paragraful 2 din Legea nr. 98/2016;

d) capacitatea de exercitare a activității profesionale, în conformitate cu art. 173 din Legea nr. 98/2016, și

e) experiența similară, în conformitate cu art. 179 lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016”. Prin urmare, și această critică va fi respinsă ca nefondată.

Față de cele expuse anterior în motivare, Consiliul apreciază că în mod corect autoritatea contractantă a desemnat câștigătoare oferta depusă de Asocierea SA - SRL”, criticile contestatorului urmând a fi respinse ca neîntemeiate.

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

Pe cale de consecință, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de

procedură civilă, Consiliul va admite cererea de intervenție formulată de SA.

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

CONSILIUL DECIDE:

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

În temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, admite cererea de intervenție formulată de SA.

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