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 neînregistrată la emitentă, datată la 08.03.2019, depusă în original, înregistrată la Consiliu sub nr. ..., care formează obiectul **Dosarului nr. ...**, ..., cu sediul în ..., reprezentată legal prin dl. ..., în calitate de Președinte al Consiliului de Administrație și prin dl. ..., în calitate de persoană împuternicită și convențional, prin ..., cu sediul în ..., unde solicită comunicarea actelor de procedură, a contestat adresa nr. ... reprezentând comunicarea deciziei de respingere, ca inacceptabilă, a ofertei sale, document întocmit în cadrul procedurii de atribuire prin „licitație deschisă”, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Proiectare și execuție autostrada ...., Secțiunea 5 ... ... – ...”, coduri CPV 45233110-3, 45221111-3 și 71322500-6 (Rev.2), inițiată de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă și a solicitat anularea deciziei comisiei de evaluare privind declararea ofertei sale ca fiind inacceptabilă și excluderea acesteia din procedură, anularea actului atacat și, pe cale de consecință, constatarea acceptabilității și conformității ofertei sale sau, în subsidiar, obligarea autorității contractante la declararea ofertei sale ca fiind acceptabilă și conformă și la plata tuturor cheltuielilor ocazionate de prezenta contestație.

..., în calitate de ofertant a cărui ofertă a fost declarată admisibilă, cu sediul în ..., înregistrată la Camera de Comerț, Industrie, Artizanat și Agricultură din Roma cu nr. ..., având cod fiscal ..., reprezentată legal prin dl. ...o și, convențional, prin ... din municipiul ..., unde solicită comunicarea actelor de procedură, a formulat cererea de intervenție în cauza care formează obiectul **Dosarului nr. ...**, prin care a solicitat respingerea contestației formulată de ... ca nefondată și menținerea deciziei de excludere din procedura de atribuire a ofertei contestatoarei.

În cadrul aceleiași proceduri de atribuire s-a depus contestația FN la emitentă, datată la 11.03.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. ..., care formează obiectul **Dosarului nr. ...**, prin care asocierea ... – ... - ..., prin ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerţului sub nr. ..., având CUI RO ... reprezentată legal prin dl. ..., în calitate de Administrator, a contestat adresa nr. ... reprezentând comunicarea privind evaluarea DUAE și a solicitat anularea actului atacat, anularea raportului aferent şi a deciziei autorităţii contractante prin care oferta sa a fost exclusă din procedură, anularea oricăror acte subsecvente comunicării rezultatului evaluării, reluarea procedurii de atribuire din stadiul la care era în momentul excluderii ofertei sale și, în subsidiar, în măsura în care se va considera că autoritatea contractantă nu a respectat dispozițiile art. 171 din Legea nr. 98/2016, anularea actelor invocate mai sus şi obligarea autorității contractante la solicitarea de la ... a dovezilor cu privire la măsurile luate pentru a-şi demonstra concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere și analizarea acestora, cu verificarea internă, în cadrul propriilor departamente, a situației societății sale.

..., în calitate de ofertant a cărui ofertă a fost declarată admisibilă, cu sediul în ..., înregistrată la Camera de Comerț, Industrie, Artizanat și Agricultură din Roma cu nr. ..., având cod fiscal ..., reprezentată legal prin dl. ... și convențional, prin ... din ..., unde solicită comunicarea actelor de procedură, a formulat cererea de intervenție în cauza care formează obiectul **Dosarului nr. ...**, prin care a solicitat respingerea contestației formulată de asocierea ... – ... - ..., ca nefondată și menținerea deciziei de excludere din procedura de atribuire a ofertei contestatoarei.

În temeiul art. 17 alin. (1) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul a procedat la conexarea celor 2 (două) contestații.

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

<u>În susținerea contestației care formează obiectul **Dosarului nr. ...**, ...</u> aduce la cunoștință că autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări, prin adresa nr. ..., referitoare la prezentarea de documente suport justificative actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea criteriului de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile din Formularul DUAE - Partea III „Motive de excludere”, Secțiunea B „Motive legate de plata impozitelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale”.

Contestatoarea susține că a răspuns acestei solicitări, prin adresa nr. ..., depunând certificatul de atestare fiscală nr. ..., emis de ..., în legătură cu care societatea sa a făcut precizarea că, din conținutul certificatului fiscal, rezultă o serie de obligații de plată care nu sunt definitiv confirmate, aceste sume având caracter ipotetic și nicidecum definitiv, reprezentând o ipoteză de lucru a autorității fiscale, conform normativelor în materie din ....

Contestatoarea învederează că, autoritatea contractantă, fără a mai solicita vreun set de clarificări, prin adresa nr. ... a declarat inacceptabilă oferta sa, invocând următoarele: prin intermediul certificatului fiscal se menționează existența a 4 (patru) avize de constatare care ar demonstra că, în calitate de operator economic, ... și-ar fi încălcat, în anii precedenți, obligațiile privind plata impozitelor, taxelor sau contribuțiilor la bugetul general consolidat al țării de origine; analizele întocmite de ... și, respectiv, ... ar explica doar problema datoriilor definitive, ceea ce, în legea română, ar avea corespondent în prevederile art. 165 alin. (1) din Legea nr. 98/2016; ... nu ar fi tratat deloc aspectele prevăzute de art. 165 alin. (2) din actul normativ ante-menționat și nu ar fi prezentat vreun document prin care să demonstreze că se încadrează în prevederile art. 165 alin. (3) din aceeași lege.

Astfel, contestatoarea subliniază că membrii comisiei de evaluare și-au întemeiat decizia de respingere a ofertei pe expresia „mijloace adecvate” din cadrul art. 165 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 în care s-ar încadra și certificatele fiscale emise de Agenția de Administrare Fiscală din ..., apreciind ca nefiind necesară cunoașterea și interpretarea unei legi străine, fiind suficientă existența unor înscrisuri care pot fi folosite ca mijloace adecvate de probă.

Contestatoarea consideră că certificatul fiscal nu probează în vreun fel încălcarea unor obligații fiscale ale ... față de statul ...n, poziția sa fiind că, prin raportare la sarcina probei care îi revine, comisia de evaluare nu a demonstrat nici măcar aparența aplicabilității cazului de excludere prevăzut de art. 165 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, documentul în discuție conținând numai mențiuni referitoare la sarcini fiscale care nu sunt confirmate în mod definitiv, din aceste certificate reieșind că „un act este considerat definitiv în cazul expirării inutile a termenului de recurs sau în cazul rezultatului final al hotărârii judecătorești în întregime sau parțial favorabilă Biroului Teritorial”.

În continuare, contestatoarea invocă practica CNSC, potrivit căreia „autoritatea contractantă nu poate face aplicarea prevederilor art. 165 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, respectiv să respingă oferta /.../ decât în măsura în care 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”.

Totodată, ... susține că, și dacă s-ar reține că din conținutul certificatului fiscal ar reieși existența unor obligații fiscale certe în sarcina ..., nu există niciun argument sau dovadă care să certifice că societatea sa ar fi încălcat aceste pretinse obligații.

Prin urmare, contestatoarea subliniază că decizia autorității contractante este eronată, cât timp, din însuși certificatul fiscal pus la dispoziția acesteia, rezultă cu certitudine faptul că sancțiunile aplicate - accesorii calculate pentru pretinsele sarcini fiscale - sunt 0,00 EURO.

Contestatoarea consideră „absurde” susținerile comisiei de evaluare, potrivit cărora, prin explicațiile sale, societatea sa s-ar fi referit exclusiv la prevederile art. 165 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, omițând prevederile art. 165 alin. (2) din lege, întrucât, prin documentele și

informațiile puse la dispoziția comisiei de evaluare, ... a demonstrat că nu și-a încălcat nicio obligație fiscală față de statul de origine, demonstrație suficientă, în sine, pentru a stabili inaplicabilitatea art. 165 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, contestatoarea învederează că, pentru a demonstra corectitudinea interpretării sale dată certificatului fiscal pus la dispoziția comisiei de evaluare, a apelat la expertiza a două dintre cele mai importante societăți de audit financiar, respectiv ... și ..., care au concluzionat următoarele:

- «*La data de 8 ianuarie 2019, zi în care a fost eliberat de către Agenția Națională de Administrare Fiscală certificatul de atestare fiscală privind obligațiile de plată ce rezultă din Baza de Date a Registrului Contribuabililor, nu rezultă, conform legislației italiene, obligații de plată în curs în sarcina ... S.p.A.*»,

respectiv,

- «*Din examinarea certificărilor menționate mai sus, rezultă că nu există datorii fiscale constatate în mod definitiv pe seama societății ... S.p.A., după cum rezultă din investigările realizate de Administrația financiară în acest scop. În mod specific, conform normativelor de referință, se înțelege că o obligație fiscală este considerată ca fiind datorată cu titlu definitiv atunci când documentul care îi constată existența, incluzând respectiva cerere de plată, nu a fost definit în cadrul procedurii de constatare cu acordul părții cercetate sau când nu a făcut obiectul unui recurs față de Comisia Fiscală conform termenilor legali. O obligație fiscală mai este considerată definitivă atunci când, în urma recursului față de actul emis de Administrația financiară, sentința emisă la încheierea judecății a confirmat existența impozitelor solicitate prin hotărâre definitivă.*

În cazul de față, referitor la avizele de constatare indicate în certificările din obiect, rezultă că societatea ... S.p.A. a inițiat așa-numita procedură de „constatare cu acordul părții”, conform articolelor 5, 6 și 12 din Decretul Legislativ nr. 218/97și de aceea nu are datorii fiscale definitive.

Pentru a completa cele de mai sus, se observă că metoda constatării cu acordul părții este un instrument menit să definească pretențiile fiscale prezentate de Administrația financiară prin atingerea unui acord în contradictoriu cu contribuabilul și cu semnarea de către ambele părți a unui acord.

Pe baza normativei de referință, expusă mai sus sintetic, precum și în urma celor rezultate în sistemul informațional al registrului fiscal conform celor certificate de Oficiul Fiscal, Direcția provincială din .../ Biroul Teritorial din ..., rezultă că la data eliberării certificării înregistrate cu numărul 2019/686 din 8 ianuarie 2019 nu există pe numele societății ... S.p.A., nicio datorie fiscală scadentă constatată definitiv, care ar trebui achitată».

În continuare, contestatoarea face trimitere la prevederile art. 20 alin. (1) lit. a) și alin. (3) din HG nr. 395/2016 și la partea a II-a a Secțiunii III.2.1.a) „Situația personală a candidatului sau ofertantului”

din cadrul fișei de date a achiziției din care rezultă faptul că autoritatea contractantă a decis că va solicita documente justificative în legătură cu plata impozitelor sau contribuțiilor la asigurări sociale, doar ofertantului clasat pe primul loc, urmând ca ceilalți ofertanți să se limiteze la declarația din cadrul DUAE.

De asemenea, contestatoarea arată că autoritatea contractantă, ignorând prevederile fișei de date a procedurii, indică drept temei juridic al solicitării sale de clarificări, prevederile art. 196 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, astfel că aceasta a fost emisă în manifestarea unui abuz de drept interzis în dreptul român prin art. 15 din Codul civil, întrucât autoritatea contractantă nu a evocat necesitatea asigurării desfășurării corespunzătoare a procedurii atunci când a emis solicitarea din data de 25.01.2019, neexistând nici măcar o justificare aparentă pentru decizia acesteia de a-i solicita documente justificative înainte de declararea ofertei ca fiind câștigătoare.

Totodată, autoarea contestației opinează că, respingându-i oferta fără a solicita vreo clarificare în legătură cu documentele depuse, comisia de evaluare nu a asigurat o dezbatere efectivă care să-i permită să convingă comisia de evaluare în legătură cu respectarea art. 165 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În final, ... susține că, în măsura în care Consiliul ar fi înclinat să accepte interpretarea poziției autorității contractante, depune la dosarul cauzei un nou certificat constatator emis la data de 18.02.2019 de către autoritățile fiscale italiene, din care rezultă faptul că „nu există obligații de plată neachitate”.

Contestatoarea a solicitat accesul la dosarul achiziției publice.

În dovedirea contestației sale, ... a depus la dosarul cauzei, în copie, o serie de înscrisuri.

Având în vedere contestația formulată de ..., Consiliul, prin adresa nr. ..., în temeiul art. 61^1 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 101/2016, a solicitat contestatoarei să transmită, în termen de 3 zile de la data primirii adresei, sub sancțiunea respingerii contestației, ca inadmisibilă, recipisa de consemnare a cauțiunii, în original, în cuantumul de 220.000 lei, cu precizarea că modalitatea de constituire a cauțiunii se va face conform art. 1057 din Codul de procedură civilă, coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016 la CEC Bank - S.A., Trezoreria Statului sau la orice altă instituție de credit care efectuează astfel de operațiuni, pe numele părții respective, la dispoziția CNSC.

De asemenea, în temeiul dispozițiilor art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul a solicitat contestatoarei să comunice dovada înaintării către autoritatea contractantă a contestației depusă la Consiliu, în conformitate cu art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, precum și dovada asocierii încheiată între societatea sa şi ....

Referitor la solicitarea de a i se permite accesul la dosarul cauzei, Consiliul i-a adus la cunoștință prevederile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precum și faptul că, ulterior primirii din partea autorităţii contractante a documentelor necesare, va fi informată asupra datei în

care poate consulta dosarul cauzei precum şi cu privire la termenul pentru depunerea eventualelor concluzii scrise.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. ..., contestatoarea ... a remis dovada comunicării contestației către .... Totodată, prin corespondența înregistrată la Consiliu sub nr. .., ... a transmis, în original, Recipisa de consemnare nr. ... din 13.03.2019, emisă de CEC Bank – Sucursala ..., în valoare de 220.000 lei.

... a transmis, prin adresa nr..., înregistrată la Consiliu sub nr. ...9, o parte din documentele din dosarul achiziției publice.

La data de 18.03.2019, prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 10004 din aceeași dată, contestatoarea a depus la dosarul cauzei note referitoare la confirmarea emisă de Biroul Teritorial ..., Direcția Provincială ... a Agenției Naționale de Administrare Fiscală din ..., care atestă interpretarea ... în legătură cu Certificatul fiscal nr. ... pus la dispoziția comisiei de evaluare.

Ca urmare a verificărilor efectuate de către Consiliu în vederea soluționării contestațiilor formulate de ... și de ..., s-a constatat că la dosarul cauzei nu se regăsesc anumite documente care fac parte din dosarul achiziției publice, astfel cum stipulează art. 148 din HG nr. 395/2016, necesare soluționării contestațiilor, astfel că, prin adresa nr. ..., Consiliul, în temeiul dispozițiilor art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, a solicitat autorității contractante ... să transmită, în completarea adresei sale nr. ..., înregistrată la Consiliu sub nr. ..., formularele DUAE depuse de cele două contestatoare (inclusiv cele ale asociaților acestora) în procedură, precum și strategia de contractare.

... a comunicat, prin corespondența înregistrată la Consiliu sub nr. ..., note privind confidențialitatea informațiilor aflate la dosarul cauzei, depunând declarația privind confidențialitatea propunerilor tehnică și financiară, depuse în cadrul procedurii ce face obiectul cauzei.

În cadrul prezentei proceduri, s-a formulat cerere de intervenție înregistrată la Consiliu sub nr. ... în cauza care formează obiectul **Dosarului nr. ...**, de către ..., în calitate de ofertant în procedură a cărui ofertă a fost declarată admisibilă, reprezentată convențional, prin ..., prin care a solicitat respingerea contestației formulată de asocierea ... - ..., precum și menținerea deciziei de excludere din procedura de atribuire a acesteia, ca fiind temeinică și legală.

Intervenienta arată că deține calitatea de ofertant în procedura de atribuire, având șanse semnificative de atribuire a contractului, întrucât a parcurs cu succes etapa de verificare a propunerii tehnice, societatea sa aflându-se în etapa de evaluare financiară.

Având în vedere că intervenienta are la cunoștință de forma confidențializată a contestației, aceasta a solicită accesul la dosarul achiziției publice, în vederea motivării corespunzătoare a cererii.

În ceea ce privește criticile din contestație, intervenienta consideră că autoritatea contractantă nu este obligată, atunci când face aplicarea art. 165 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, să probeze şi caracterul „cert” al obligațiilor fiscale, textul legal obligând-o să excludă un ofertant dintr-

o procedură de atribuire, atunci când poate proba că respectivul ofertant şi-a încălcat obligațiile fiscale.

Intervenienta arată că solicitarea de prezentare a documentelor justificative actualizate DUAE, formulată în baza art. 196 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 nu poate reprezenta, în nicio circumstanță, o încălcare a fișei de date a achiziției, dreptul autorității contractante de a solicita oricând, pe parcursul procedurii, documente şi dovezi în susținerea informațiilor declarate în DUAE fiind un drept legal, care nu conduce la încălcarea acesteia. Față de această critică, intervenienta invocă excepția tardivității, întrucât contestatoarea nu a atacat în termen legal solicitarea de clarificări despre care pretinde acum că ar fi nelegală.

De asemenea, intervenienta susține că autoritatea contractantă nu era obligată să solicite clarificări suplimentare contestatoarei câtă vreme situația de fapt, stabilită prin Certificatul fiscal, era clară şi nu necesita investigații suplimentare, considerând că solicitarea adresată Consiliului în sensul de a face aplicarea art. 165 alin (3) din Legea nr. 98/2016, este inadmisibilă și nefondată, având în vedere că evaluarea ofertelor reprezintă apanajul exclusiv al comisiei de evaluare iar, în această etapă, contestatoarea nu are dreptul de a depune documente noi.

Intervenienta apreciază că ... face o confuzie voită între dispozițiile art. 165 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 şi dispozițiile art. 165 alin. (2) din același act normativ, doar acestea din urmă reprezentând temeiul deciziei de excludere. Intervenienta susține că, generalizând această confuzie pe tot parcursul contestației, ... menționează că Certificatul fiscal pe care ea însăși l-a prezentat autorității contractante nu ar putea fi considerat un mijloc de probă adecvat pentru că nu ar atesta existența unor obligații fiscale certe, ori, această ipoteză constând în existenţa unor obligaţii certe este incidentă doar în cazul de excludere prevăzut la art. 165 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, nu şi în cel reglementat la alin. (2) al aceluiaşi articol, în raport de care a fost exclusă oferta.

Intervenienta arată că în Certificatul fiscal depus este menţionată existenţa a patru avize de constatare care demonstrează că autoarea contestației şi-a încălcat obligaţiile privind plata impozitelor, taxelor sau contribuţiilor la bugetul general consolidat, analizele întocmite de ... şi, respectiv, ... explicând doar problema datoriilor definitive, ceea ce în legea română ar avea corespondent în prevederile art. 165 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Intervenienta observă că ... recunoaşte faptul că, până la finalizarea evaluării ofertelor şi prezentarea documentelor justificative actualizate DUAE (în situaţia în care oferta s-ar fi clasat pe locul I), ar fi avut vreme să îşi stingă datoriile fiscale/să îşi îndeplinească obligaţiile şi, deci, să devină inaplicabil cazul pentru care a fost exclusă din procedură, acest aspect demonstrând faptul că solicitarea formulată de autoritatea contractantă în baza art. 196 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 a luat-o prin surprindere, într-un moment în care conduita sa fiscală nu era aliniată cu prevederile legii.

În continuare, intervenienta arată că autoritatea contractantă are dreptul de a solicita documente justificative actualizate DUAE, oricând,

pe parcursul procedurii de atribuire. Astfel, pe cale de excepţie, intervenienta solicită respingerea acestei critici ca tardivă, având în vedere că solicitarea de a prezenta documente justificative actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea criteriului de calificare şi selecție în conformitate cu informațiile din Formularul DUAE - Partea III „Motive de excludere” - Secțiunea B „Motive legate de plata impozitelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale” i-a fost transmisă contestatoarei, prin adresa nr. ..., iar aceasta a transmis documentele considerate relevante, prin adresa nr. ... din data de 25 ianuarie 2019, fără însă a contesta legalitatea și/sau temeinicia acestei solicitări.

Intervenienta invocă atât jurisprudența relevantă cât şi opinia ANAP din care rezultă că autoritatea contractantă are dreptul și nu obligația de a solicita clarificări, urmând a-şi exercita această prerogativă numai dacă circumstanțele concrete o impun.

Având în vedere cele mai sus prezentate ... concluzionează asupra caracterului temeinic și legal al deciziei autorității contractante de excludere a ofertei contestatoarei.

În final, intervenienta solicită acces la dosarul achiziției publice.

Prin adresele nr. ... și nr. ..., Consiliul a înștiințat părțile că pot transmite susțineri cu privire la cererea de intervenție formulată de ... în cauza care formează obiectul dosarului nr. ....

Având în vedere cererea intervenientei privind accesul la dosarul cauzei, Consiliul, prin adresa nr. ..., a invitat ... în acest sens la data de 20.03.2019.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. ..., ... a transmis declarațiile privind confidențialitatea propunerilor tehnică și financiară, solicitând ca aceste documente să nu fie puse la dispoziția intervenientei.

..., prin corespondența neînregistrată, datată la emitentă 22.03.2019, transmisă prin fax și mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr... și, respectiv, nr. ... a formulat susțineri privind cererea de intervenție, solicitând calificarea cererii de intervenție ca fiind una voluntară accesorie, admiterea excepției lipsei de interes în formularea acesteia și respingerea ei, ca inadmisibilă, iar în subsidiar, respingerea acesteia, ca nefondată.

În ceea ce privește lipsa de interes a intervenientei, ... consideră că față de stadiul actual al procedurii, intervenția ... nu întrunește condiția interesului procesual, întrucât folosul urmărit nu este legitim și nici nu este născut și actual. Astfel, se arată că, intervenienta urmărește exclusiv excluderea unui concurent potențial într-un stadiu al procedurii în care nu poate ști dacă oferta concurentului periclitează în mod real șansele propriei oferte. De asemenea, se mai arată că interesul intervenientei nu este unul actual, ci numai eventual, de vreme ce folosul pe care îl urmărește depinde de o împrejurare viitoare și incertă, și anume posibila surclasare a ofertei acesteia de către oferta sa, dacă aceasta din urmă rămâne în procedură.

Pe fondul cauzei, contestatoarea observă că intervenienta nu explică în ce situații ar fi posibilă încălcarea obligațiilor fiscale la care se referă art. 165 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, reiterând că din

documentele depuse de societatea sa în procedura a rezultat faptul că nu datorează nimic cu titlu de penalități sau de alte sancțiuni, ceea ce confirmă, în opinia sa, statutul incert al obligațiilor.

Contestatoarea consideră „nepertinentă” jurisprudența invocată de intervenientă în cadrul cererii sale.

Referitor la tardivitatea criticii, contestatoarea o consideră nefondată, deoarece actul vătămător nu a fost o solicitare de clarificări, ci hotărârea de excludere nelegală din cadrul procedurii ca urmare a unei înțelegeri greșite a informațiilor furnizate în răspunsul la solicitarea de clarificări.

Contestatoarea subliniază că autoritatea contractantă, deși are, ca regulă, dreptul de a solicita oricând informații și documente privitoare la declarațiile din DUAE, își poate circumstanția exercițiul acestui drept prin fișa de date a achiziției, ea însăși obligatorie, fiind documentul care stabilește regulile concrete ale desfășurării procedurii. Așadar, chiar dacă autoritatea contractantă are un drept de opțiune, aceasta nu poate exercita abuziv ramura negativă a acestei opțiuni, în sensul de a se abține de la a solicita clarificări atunci când un aspect al ofertei este incert.

În ceea ce privește argumentul intervenientei în sensul că nu se mai pot depune documente noi în contestație, ... învederează, pe de o parte, că certificatul din data de 18.02.2019 poate fi folosit pentru că are rolul de a corobora conținutul certificatului anterior, din care rezultă că societatea sa nu și-a încălcat vreo obligație fiscală față de statul ...n, iar pe de altă parte, că art. 165 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 se poate aplica și atunci când un înscris ulterior excluderii confirmă că ipoteza normei era întrunită anterior deciziei de excludere, precum și că această prevedere putea fi aplicată și de către CNSC cu ocazia contestației împotriva unei decizii prin care ofertantul a fost exclus deși era întrunită ipoteza normei menționată.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu sub nr. ..., autoritatea contractantă ... a transmis punctul de vedere referitor la contestația formulată de ....

Autoritatea contractantă aduce la cunoștință că a transmis ofertantului solicitarea de clarificare nr. ..., prin care a solicitat atât ..., cât și subcontractanților declaraţi în ofertă, să prezinte documente suport justificative actualizate, prin care să demonstreze îndeplinirea criteriul de calificare şi selecţie, în conformitate cu informaţiile cuprinse în Formularul DUAE - Partea III „Motive de excludere” - Secţiunea B „Motive legate de plata impozitelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale”, contestatoarea răspunzând la data de 25.01.2019 și prezentând două analize de caz întocmite de către ... și ... care explică doar problema datoriilor definitive, ceea ce, în legea română, are corespondent în prevederile art. 165 alin. (1) din Legea nr. 98/2016. ... susține că în cadrul răspunsului nu au fost tratate deloc aspectele prevăzute la art. 165 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și nu a fost prezentat niciun demers prin care să demonstreze că s-ar încadra în una din situațiile prevăzute la art. 165 alin. (3) din același act normativ.

Autoritatea contractantă susține că în urma verificării răspunsului la clarificări a constatat că Certificatul de atestare fiscală emis de Agenţia Naţională de Administrare Fiscală, Direcţia Județeană ..., Biroul Teritorial ..., nr. ..., prezintă datorii care sunt în curs, respectiv patru avize de constatare care demonstrează că, în calitate de operator economic, a încălcat în anii precedenţi obligaţiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuţiilor la bugetul general consolidat al țării de origine, după cum urmează:

- Aviz de constatare nr. ... pentru anul de impozitare 2015, privind contribuabilul din obiect, notificat la 31.07.2018, prin procedura de aderare în curs; impozit majorat în valoare de 150.793,00 Euro și sancțiuni de 0,00 Euro;
- Aviz de constatare nr. ... pentru anul de impozitare 2014, privind contribuabilul din obiect, notificat la 31.07.2018, prin procedura de aderare în curs; impozit majorat în valoare de 127.849,00 Euro și sancțiuni de 0,00 Euro;
- Aviz de constatare nr. ... pentru anul de impozitare 2013, privind contribuabilul din obiect, notificat 31.07.2018, prin procedura de aderare în curs; impozit majorat în valoare de 68.236,00 Euro și sancțiuni de 0,00 Euro;
- Aviz de constatare nr. ... pentru anul de impozitare 2016, privind contribuabilul din obiect notificat la 08.08.2018, prin procedura de aderare în curs; impozit majorat în valoare de 43.034,00 Euro și sancțiuni de 0,00 Euro.

Sub acest aspect, ... constată că Certificatul de atestare fiscală nr. ... prezentat de ... este diferit de Certificat de atestare fiscală nr 1059 din 21.01.2019 prezentat de ...., deși ambele sunt emise de Agenţia Naţională de Administrare Fiscală, diferența constând în sensul că în Certificatul prezentat de .... este specificat clar că nu există obligaţii de plată constatate definitiv privind impozitele directe, taxa pe valoare adăugată, impozitele indirecte pe afaceri și alte taxe fiscale indirect, iar în certificatul prezentat de ... este specificat că „se certifică faptul că există următoarele obligaţii de plată în curs” /.../. În acest sens, rezultă că autoarea contestației figurează cu următoarele obligaţii restante a impozitelor, taxelor și a contribuţiilor la bugetul de stat, în data de 10.12.2018:

- 150.793, 00 Euro pentru anul de impozitare 2015;
- 127.849, 00 Euro pentru anul de impozitare 2014;
- 68.236, 00 Euro pentru anul de impozitare 2013;
- 43.034, 00 Euro pentru anul de impozitare 2016, prin urmare, în aplicarea prevederilor art. 165 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 nu este necesară cunoașterea și interpretarea unei legi străine, fiind suficientă existența unor înscrisuri care pot fi folosite ca mijloace adecvate de probă.

Autoritatea contractantă observă că ... invocă analiza celor 2 firme de audit care explică problema datoriile definitive, ceea ce în legea românească are corespondent în prevederile art. 165 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, iar comisia de evaluare a aplicat prevederile art. 165 alin

(2), care reglementează un alt temei juridic ce nu a fost analizat de către cele 2 firme de audit.

Autoritatea contractantă invocă practica CNSC sub acest aspect.

Totodată, autoritatea contractantă învederează că autoarea contestației, pentru a nu fi exclusă din procedură, nu a prezentat documente în cadrul răspunsului la clarificări prin care să demonstreze că s-ar încadra în una din situațiile prevăzute la art. 165 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, iar în urma evaluării răspunsului furnizat de către aceasta, membrii comisiei de evaluare au concluzionat că, din Certificatul de atestare fiscală nr. ..., nu a rezultat inițierea unui demers al ofertantului în vederea clarificării situației obligațiilor fiscale restante și, astfel, confirmându-se că ofertantul prezintă datorii în curs.

Având în vedere obligațiile restante a impozitelor, taxelor și a contribuțiilor la bugetul de stat, pentru anii de impozitare 2013-2016, autoritatea contractantă apreciază că ofertantul a avut posibilitatea să întreprindă demersurile necesare stingerii obligațiilor de plată amintite sau, după caz, să demonstreze că beneficiază de eșalonări sau facilități în vederea plății obligațiilor fiscale, încadrându-se astfel în prevederile art. 165 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

În final, ... opinează că afirmațiile contestatoarei nu au un temei legal și nu sunt argumente concrete de nelegalitate și netemeinicie a deciziei de excludere din procedură.

Prin corespondența transmisă prin e-mail, datată 25.03.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. ..., intervenienta a solicitat acces la dosarul cauzei și xerocopierea acestuia.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu sub nr..., autoritatea contractantă a completat dosarul achiziției cu strategia de contractare și documentele DUAE depuse de cele 2 contestatoare.

Prin adresa neînregistrată la emitentă, datată 26.03.2019, transmisă prin fax și depusă în original, înregistrată la Consiliu sub nr. ... și, respectiv, nr. ..., ... a formulat cerere de renunțare la judecarea contestației, anexând acestei corespondențe certificatul nr. ..., de înregistrare la Secțiunea Ordinară, Camera de Comerț din ..., emis la data de 11.02.2019.

Având în vedere cererea formulată de ... de acces la dosarul cauzei, prin adresa nr. ..., Consiliul a invitat contestatoarea la data de 28.03.2019, însă contestatoarea nu a dat curs acesteia.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a invitat intervenienta, la data de 29.03.2019, să studieze dosarul cauzei.

Prin adresa datată 28.03.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. ..., contestatoarea a formulat cerere de restituire a cauțiunii consemnate prin intermediul recipisei de consemnare nr ... din 1.03.2019, emisă de CEC Bank, în cuantum de 220.000 ron.

<u>În susținerea contestației care formează obiectul **Dosarului nr. ...**, ...</u> aduce la cunoștință istoricul desfășurării procedurii de atribuire, începând cu solicitările de clarificări din anul 2017, referitoare la formularele DUAE depuse de asociaţi în ceea ce priveşte aspecte privind subcontractanţii și până la etapa de evaluare tehnică, în care, de

asemenea, în lunile mai și iunie 2018, a primit din partea autorității contractante, clarificări sub aspecte tehnice, precizând, în acest sens, că aceasta a prelungit perioada de evaluare a ofertelor de 10 (zece) ori.

În ceea ce priveşte excluderea ofertei sale din procedură, contestatoarea arată că, prin comunicarea nr. ... autoritatea contractanta a informat-o în acest sens, întrucât în urma interogării platformei SEAP s-a identificat documentul constatator nr. ... emis pentru neîndeplinirea corespunzătoare a contractului de către ... (fosta ...) - ..., încheiat cu ..., adăugând că pentru clarificarea aspectelor incluse în acest document s-a constatat că Asocierea ... - ...a introdus mai multe acţiuni în justiţie, ultima dintre acestea fiind în faza de recurs. De asemenea, se mai arată că autoritatea contractanta a precizat că în formularul DUAE depus de ...la actuala procedură, la întrebările „Operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă?” și „Operatorul economic se află într-o situaţie în care un contract de achiziţii publice anterior a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune interese sau alte sancţiuni comparabile în legătura cu respectivul contract anterior?”, s-a bifat „NU”.

Astfel, contestatoarea consideră că acest document constatator nu atestă că ... a încălcat vreo obligaţie contractuală trecută, autoritatea contractantă nesolicitându-i niciun fel de clarificări cu privire la o acţiune potențială de verificare a comisiei de evaluare a motivului de excludere, aşa cum este statuat prin cerinţele legii.

În continuare, contestatoarea prezintă situația în legătură cu contractul pentru care a fost emis documentul constatator.

Astfel, se arată că în baza contractului semnat, cotele iniţiale ale asociaților au fost ... - 97,2% și ... - 2,8%, însă după semnarea contractului, liderul asocierii a decis că serviciile de proiectare nu vor fi execute cu asociatul specializat ... ci din alte surse proprii sau cooptate ulterior, prin urmare, ... a decis înlocuirea, la data de 19.10.2016, a dlui. ... llie, Administrator ..., din funcţia de Şef al echipei de proiectare cu o persoană desemnată arbitrar, fapt sancţionat, de altfel, de Beneficiar cu o penalitate de 40.000 lei, achitată de ..., ceea ce a condus la eliminarea participării ... din activităţile contractului.

... învederează că a decis să legalizeze eliminarea sa din realizarea contractului, între Asociaţi fiind încheiat un Act Adiţional la Acordul de asociere, prin care cotele de participare în contract au fost modificate la: ... - 99,99% și ... - 0,01%, ... acceptând să rămână în asociere chiar dacă nu desfășura nicio activitate.

În derularea ulterioară a contractului Beneficiarul a constatat abateri, semnalate către ..., care nu a remediat situaţia, fapt ce a dus la rezilierea contractului și aplicarea de penalităţi (și nu de daune interese) în valoare de 6.600.000 lei, iar în rapoartele întocmite de INGINER (Compania ..., terţă parte independentă) pentru supervizarea activităților, s-a consemnat că abaterile nu se datorează ..., ce a fost exclusă total din activităţi și nici expertului său ..., de asemenea, înlocuit din funcţie.

Contestatoarea subliniază că niciun document aferent activităţilor de proiectare din cele în care s-au constatat neconformităţi nu a fost semnat de ... ca întocmire sau avizare, la momentul depunerii documentelor pentru care s-au solicitat remedieri, ...neavând experţi implicaţi în contract, iar participarea sa la activităţi fiind inexistentă.

De altfel, ... precizează că nu a fost informată de ...u ... despre emiterea documentului constatator nr. ..., acest document fiind publicat în SEAP doar pe numele ... și cu codul fiscal al acestuia.

Invocând prevederile art. 166 alin. (1) din HG nr. 395/2016, contestatoarea opinează că autoritatea contractantă trebuia să facă o analiză temeinica a situaţiei societății sale și să indice clar care sunt temeiurile de excludere a acesteia, având în vedere că la această procedură nu participă asocierea ... – .... De asemenea, contestatoarea susține că necomunicarea documentului constatator către societatea sa a pus-o în imposibilitatea atacării lui în termenul legal conferit de lege printr-o acţiune separată în care să se clarifice situaţia. În plus, ... deţine documentele în cadrul cărora s-au constatat neconformităţile, documente ce nu sunt semnate de ... ci doar de ....

Contestatoarea menționează că autoritatea contractantă a exclus asocierea sa din procedură în baza art. 167 alin. (1) lit. g), coroborat cu art. 169 din Legea nr. 98/2016, dar a omis prevederile legale de la art. 171 alin. (1), (2) și (3) din Legea nr. 98/2016 și cele ale art. 166 din HG nr. 395/2016, precum și Directiva 2014/24/UE, art. 57.

În dovedirea contestației, ... a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

Având în vedere contestația formulată de ..., în temeiul art. 61^1 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 101/2016, Consiliul, prin adresa nr. 9261/386 C5/13.03.2019, a solicitat contestatoarei să transmită, în termen de 3 zile de la data primirii adresei, sub sancțiunea respingerii contestației, ca inadmisibilă, recipisa de consemnare a cauțiunii, în original, în cuantumul de 220.000 lei, cu precizarea că modalitatea de constituire a cauțiunii se va face conform art. 1057 din Codul de procedură civilă, coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016 la CEC Bank - S.A., Trezoreria Statului sau la orice altă instituție de credit care efectuează astfel de operațiuni, pe numele părții respective, la dispoziția CNSC.

De asemenea, în temeiul dispozițiilor art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul a solicitat contestatoarei să depună dovada asocierii încheiată între societatea sa şi ... – ....

Contestatoarea a răspuns prin adresa neînregistrată la emitentă, datată 14.03.2019, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și depusă în original, înregistrată la Consiliu sub nr. ... și, respectiv, nr. ..., depunând acordul de asociere și copia recipisei de consemnare nr. ... din 13.03.2019, eliberată de CEC Bank – Sucursala ..., în valoare de 220.000 lei.

În cadrul prezentei proceduri de atribuire s-a formulat cererea de intervenție înregistrată la Consiliu sub nr. ..., în cauza care formează obiectul **Dosarului nr. ...**, de către ..., în calitate de ofertant în

procedură a cărui ofertă a fost declarată admisibilă, reprezentată convențional prin ..., prin care a solicitat respingerea contestației formulată de asocierea ... – ... - ..., precum și menținerea deciziei de excludere din procedura de atribuire a acesteia, ca fiind temeinică și legală.

Intervenienta arată că deține calitatea de ofertant în procedura de atribuire, având șanse semnificative de atribuire a contractului, întrucât a parcurs cu succes etapa de verificare a propunerii tehnice, societatea sa aflându-se în etapa de evaluare financiară.

Intervenienta observă că cererea introductivă a ... este formulată și reprezentată de administrator împuternicit, o astfel de asociere neavând personalitate juridică, respectiv fiind semnată de același administrator, solicitând astfel, să se precizeze cine are calitatea de contestatoare, precum și cine a împuternicit administratorul și în ce calitate a acționat persoana.

Având în vedere că intervenienta are la cunoștință de forma confidențializată a contestației, aceasta solicită accesul la dosarul achiziției publice, în vederea motivării corespunzătoare a cererii.

În ceea ce privește criticile din cadrul contestației formulată de ..., intervenienta argumentează că autoritatea contractantă nu este obligată să solicite clarificări contestatoarei atunci când situația de fapt stabilită prin documentul constatator este clară și nu necesită investigații suplimentare, considerând că sunt îndeplinite condițiile legale pentru excludere, întrucât:

- obligațiile încălcate au condus la rezilierea contractului și aplicarea de penalități în cuantum de 6.600.000 lei;

- contestatoarea nu a furnizat dovezi dintre cele prevăzute de art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, de natură a-și demonstra credibilitatea;

- contestatoarea a furnizat informații false în cuprinsul DUAE, prin omiterea mențiunii privind existența Documentului constatator;

- contestatoarea recunoaște în mod expres că nu şi-a îndeplinit obligația de proiectare, invocând, în mod nejustificat, în apărarea sa faptul că „Liderul asocierii ... a exclus participarea ... S.R.L. de la activităţile contractului”, fără să demonstreze, în concret, care sunt măsurile pe care ... le-ar fi întreprins pentru a-și asigura implicarea în activitățile contractului şi îndeplinirea obligațiilor asumate la momentul semnării contractului;

- membrii unei asocieri răspund solidar pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale, indiferent de cota de participare agreată prin acordul de asociere;

- documentul constatator este un act care se bucură de prezumția de legalitate, prezumție care poate fi răsturnată doar printr-o hotărâre judecătorească definitivă de anulare. În privința Documentului constatator emis de către ... prezumția de legalitate s-a consolidat prin respingerea acțiunii în anulare.

Intervenienta menționează că Documentul constatatorul a fost emis de către aceeași autoritate contractantă, în cadrul unui alt contract de

achiziţii publice, prin urmare, situaţia de fapt şi de drept care a condus la emiterea acestuia fiind bine-cunoscută ..., în cuprinsul acestuia fiind consemnate atât caracterul grav al neexecutării obligaţiilor contractuale, cât şi prejudiciul produs. Premisa avută în vedere de către contestatoare, anume că obligaţia autorităţii contractante de a clarifica această situaţie se impunea, cu atât mai mult, cu cât acesta a declarat în cuprinsul DUAE că nu se află în situaţia de excludere din speţă, nu face decât să consolideze conduita lipsită de seriozitate a contestatoarei în cadrul procedurilor de atribuire, susține intervenienta, şi să demonstreze, cel mult, că acesta se face vinovat inclusiv de fals în declaraţii, ceea ce reprezintă în sine un alt motiv de excludere.

Faţă de informaţiile false prezentate în DUAE, intervenienta consideră că excluderea Viaponte din procedură se impune inclusiv în raport de dispoziţiile art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016 raportate la art. 169 din acelaşi act normativ.

În ceea ce privește afirmațiile contestatoarei, potrivit cărora autoritatea contractantă ar fi avut obligaţia, la momentul verificării DUAE, să facă analiza situaţiilor de excludere şi să solicite informaţii suplimentare, fără a mai putea ulterior reveni la această etapă de evaluare, ... consideră că aceasta sunt contrare principiului legalităţii şi al asumării răspunderii, acestea fiind contrazise chiar de către ANAP care, prin răspunsurile formulate faţă de diverse solicitări de consiliere metodologică, arată că „/.../ în situaţia în care autoritatea contractantă constată incidenţa obligaţiei prevăzute la art. 169 din Legea nr. 98/2016, având în vedere că acest lucru se poate întâmpla în orice moment al procedurii şi deci inclusiv în oricare dintre fazele de verificare a ofertelor, oferta respectivă va fi respinsă la acel moment, cu informarea ofertantului conform art. 215 din Legea nr. 98/2016 /.../”.

Intervenienta observă că autoarea contestației nu a luat niciun fel de măsuri pentru a-şi îndeplini obligaţiile, scuzându-se și invocând faptul că ar fi fost „eliminat” din contract fără voia sa, fără însă a prezenta şi o situaţie a demersurilor efectiv întreprinse pentru a-și aduce la îndeplinire obligaţiile asumate faţă de .... În mod similar, susține intervenienta, culpa pentru pretinsa necunoaştere a existenţei Documentului constatator aparţine Viaponte, nicidecum ..., dat fiind faptul că acesta se emite în legătură cu contractul şi pe numele asocierii (nu pe numele unuia dintre membri), acesta fiind transmis, de regulă, liderului asocierii.

Astfel, ... învederează că legea instituie în sarcina asociaţilor o răspundere solidară care nu poate fi înlăturată nici prin voinţa unuia dintre membrii unei asocieri, nici prin cea a autorităţii contractante şi, oricum, în niciun caz, ca urmare a diminuării cotei de participare, ori a neimplicării propriu-zise în contract, invocând în acest sens și opinia ANAP.

Având în vedere cele mai sus prezentate, intervenienta consideră temeinică și legală decizia autorității contractante de excludere a ofertei contestatoarei.

În final, ... solicită accesul la dosarul achiziției publice, întrucât „ne aflăm exclusiv în posesia contestației anonimizată /.../”.

Prin adresele nr. ... și nr. ..., Consiliul a înștiințat părțile că pot transmite susțineri referitoare la cererea de intervenție formulată de ... în cauza care formează obiectul dosarului nr. ....

Autoritatea contractantă ... a transmis, prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu sub nr. ..., punctul de vedere referitor la contestația formulată de ....

Autoritatea contractantă aduce la cunoștință că autoarea contestației a bifat „NU" în formularul DUAE, la secțiunea C „Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale", iar comisia de evaluare, în urma verificării platformei SEAP - rubrica „Documente constatatoare", a constatat existența documentul constatator nr. ... emis pentru neîndeplinirea în mod corespunzător a contractului, după cum urmează: document constatator nr... emis de ... pentru Asocierea ... (fosta ....) - ... prin liderul asocierii ..., acesta având calitatea de contractant în cadrul unui contract de lucrări, în care se menționa că „/.../ Beneficiarul a transmis, în urma stabilirii modului de soluţionare de către Inginer în baza Sub-clauzei 3.5 /.../ următoarele facturi de penalități: /.../ în valoare de 40.000 lei pentru înlocuirea personalului cheie - factura a fost plătită la data de 24.04.2017; /.../ în valoare de 6.600.000 lei, pentru neîndeplinirea punctelor de referinţă /.../ neplătită până la data prezentei".

Autoritatea contractantă arată că Înştiinţarea de remediere nr. .... a fost emisă de către Inginer în data de 25.04.2017, pentru neexecutarea în termenul contractual a obligaţiei de realizare a întregii activități de proiectare, anexat acesteia antreprenorul transmițând o documentaţie intitulată „PT, PAC, DDE", completată ulterior cu documentația ataşată adresei nr. ... din 07.06.2017. Conform concluziilor Inginerului din Raportul de analiză, documentaţia tehnică prezentată de Antreprenor nu poate fi asimilată unei documentații finale pentru niciuna din fazele PT, PAC sau DDE, considerând că aceasta nu poate fi înaintată spre analiză și aprobare în CTE - .... În consecinţă, autoritatea contractantă susține că situația de fapt pe care a consemnat-o mai sus se traduce în neexecutarea culpabilă a obligaţiei Antreprenorului referitoare la activitatea de proiectare.

De asemenea, ... învederează că prin actul nr. .... în baza prevederilor Sub-clauzei 15.2 „Rezilierea Contractului de către Beneficiari" din „Condiţiile Speciale ale Contractului" s-a reziliat de plin drept Contractul nr. ..., fără vreo altă notificare prealabilă, fără încuviințarea vreunei instanțe judecătorești și/sau arbitrate și fără a mai fi necesară îndeplinirea vreunei alte formalități.

Autoritatea contractantă informează, în continuare, că a notificat Antreprenorul, cu privire la îndreptățirea sa la costurile suportate ca urmare a îndeplinirii în mod defectuos a obligaţiilor contractuale, cât și din cauza rezilierii Contractului de Lucrări nr. ..., din culpa acestuia, inclusiv, dar fără a se limita la acoperirea costurilor ce vor fi ocazionate de organizarea unei noi proceduri de achiziţie publică referitoare la executarea proiectului de autostradă ce a făcut obiectul Contractului, precum și a costurilor rezultate ca efect al întârzierilor acumulate în

realizarea proiectului, întârzieri datorate culpei Antreprenorului. Document constatator a fost întocmit în conformitate cu prevederile art. 97^1 din HG nr. 925/2006.

Autoritatea contractantă învederează următoarele:

- asocierea ... - ... a formulat o cerere de chemare în judecată a ... prin care a solicitat suspendarea efectelor documentului constatator, iar prin Sentința civilă nr. ..., Tribunalul Bucureşti a respins-o, ca nefondată; s-a formulat recurs iar prin Decizia civilă nr..., s-a respins recursul, ca nefondat;

- asocierea ... - ... a formulat o cerere de chemare în judecată a ... care a avut ca obiect emiterea unei ordonanțe președințiale, prin care a solicitat suspendarea efectelor documentului constatator, prin Sentința civilă nr. ..., Tribunalul București a luat act de renunțarea la judecată din partea acesteia;

- asocierea ... - ... a formulat o cerere de chemare în judecată a ... prin care a solicitat anularea documentului constatator, iar prin Sentinţa civilă nr. ..., Tribunalul ... a respins cererea reclamantei ca neîntemeiată. Împotriva acestei sentințe reclamanta a formulat recurs, iar ... a formulat întâmpinare, prin care a solicitat respingerea recursului ca nefondat, menținerea ca temeinică şi legală a Sentinţei civile nr. ....

Astfel, având în vedere:

- prevederile documentului constatator nr... emis de ...;

- că reclamanta nu a obţinut suspendarea efectelor documentului constatator nr. ..., iar acest document îşi produce efectele prevăzute de lege;

- prin Sentinţa civilă nr. ..., Tribunalul ...ti a statuat, cu autoritate de lucru judecat provizorie, că documentul constatator nr. ... este legal emis;

- prevederile formularului DUAE depus pentru asociaţii ... în cadrul căruia s-a bifat „NU” la pct. „Motive de excludere”;

- prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) și cele ale art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă subliniază că membrii comisiei de evaluare au decis ca oferta contestatoarei să fie exclusă din procedură.

Prin adresa neînregistrată la emitentă, datată la emitentă 22.03.2019, contestatoarea a solicitat acces la dosarul cauzei, iar prin corespondența depusă de două ori, înregistrată la Consiliu sub nr. ... și, respectiv ..., contestatoarea ... a comunicat susțineri față de cererea de intervenție formulată de ... în cauza care formează obiectul dosarului nr. ..., invocând excepția inadmisibilității acesteia, motivat de faptul că interesul în promovarea acesteia nu este născut și actual, iar intervenienta sprijină numai apărarea autorității contractante.

... învederează că prezenta contestație a fost formulată de asocierea ... - ...- ... prin ... S.R.L., reprezentată legal prin ... în calitate de Administrator, împuternicit de Asociere pentru formularea contestaţiei, prin urmare, contestaţia fiind formulată de Asociere și depusă în numele acesteia de ..., membru în Asociere, fiind, evident, semnată de reprezentatul legal al acesteia.

În ceea ce privește susținerea intervenientei, cum că a luat la cunoştinţă numai de o formă confidențializată a contestaţiei, contestatoarea arată că, așa cum rezultă din verificările în SEAP, contestația sa este încărcată integral, singurul element nepublicat fiind numele administratorului ....

În continuare, contestatoarea reiterează susținerile din cererea sa introductivă referitoare la situația intervenită între societatea sa și asociatul ... în contractul pentru care a fost formulat documentul constatator, din care nu rezultă existența vreunei abateri comise de ....

Contestatoarea opinează din nou că informaţiile cuprinse în DUAE se verifică pentru ofertantul aflat pe locul 1 în clasament, în acest caz fiind vorba de verificarea unei situaţii de excludere, care, într-adevăr, conform legii, se poate face oricând pe parcursul procedurii de atribuire, însă arată că autoritatea contractantă a așteptat aflarea și verificarea propunerii sale tehnice și, mai ales, a celei financiare, iar când acestea s-au dovedit a fi conforme și deosebit de competitive, ... și-a amintit că ar exista o situaţie de excludere bazată tocmai pe un contract încheiat cu ea.

Contestatoarea reiterează argumentele sale din cererea sa introductivă, solicitând respingerea cererii de intervenție formulată de ....

Prin corespondența datată 25.03.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. ..., intervenienta a formulat cerere de acces și la dosarul achiziției, sens în care, Consiliul, prin adresa nr. ..., a invitat-o la data de 29.03.2019.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a invitat contestatoarea ... să studieze dosarul cauzei la data de 28.03.2019.

Prin adresa transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și fax, înregistrată la CNSC sub nr. ... și, respectiv, nr. ..., contestatoarea a formulat concluzii scrise după studiul dosarului cauzei, în cadrul cărora reiterează aspectele prezentate în contestație și replica la cererea de intervenție formulată de ..., susținând, în același timp, faptul că autoritatea contractantă nu a formulat niciun fel de apărări sau precizări legate de susținerile sale din contestație.

Prin adresele nr. ... și nr. ..., Consiliul a comunicat autorității contractante și intervenientei că pot formula susțineri referitoare la concluziile scrise formulate de ....

Prin adresa datată 01.04.2019, depusă în original și transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. ... și, respectiv, nr. ..., ... a formulat „Note scrise”, ca urmare a studiului dosarului, în cadrul cărora, pe de o parte, a invocat excepțiile lipsei calității procesuale de folosință active, respectiv a lipsei calității procesuale active și deci constatarea nulității absolute a actelor de procedură întocmite de ... – ...– ... în formularea contestației iar, pe de altă parte, a reiterat susținerile din cadrul contestației referitoare a corectitudinea deciziei de respingere a oferte contestatoarei. Potrivit informațiilor existente la dosarul cauzei, aceste „Note scrise” au fost comunicate atât autorității contractate cât și contestatoarei.

Prin corespondența datată 02.04.2019, transmisă prin mijloace electronice (e-mail - de două ori) și fax, înregistrată la CNSC sub nr. ..., nr. ... și, respectiv nr. ..., ca urmare a „notelor scrise” formulate de ..., asocierea ... – ...– ..., a înaintat „concluzii scrise”, în cadrul cărora sunt reiterate susținerile din contestație și documentele ulterioare acesteia.

Aspecte privind confidențialitatea ofertelor:

Din documentele depuse la dosarul cauzei rezultă că ... (contestatoare în Dosarul nr. ...), asocierea ... – ...– .... (contestatoare în Dosarul nr. ...) și intervenienta ... au solicitat acces la dosarul cauzei.

În vederea soluționării prezentelor contestații, la dosarul cauzei nu au fost depuse propunerile tehnice și financiare ale contestatoarelor, ci doar, DUAE-urile și, parțial, documentele de calificare depuse de acestea în procedură, astfel că, CNSC, a decis să pună la dispoziția contestatoarelor și a intervenientei, în vederea studiului, conform dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, toate documentele aflate la dosar, inclusiv documentele de calificare și DUAE-urile, documente care fac parte din dosarul achiziției.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin „licitație deschisă”, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Proiectare și execuție autostrada ...i, Secțiunea 5 ... ... – ...”, coduri CPV 45233110-3 (Rev. 2), 45221111-3 (Rev. 2) și 71322500-6 (Rev. 2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ..., stabilind termenul limită pentru depunerea ofertelor la 18.10.2017 ora 16:00, criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț” și o valoare estimată de 1.834.035.567,66 lei, fără TVA.

În cadrul aceleiași proceduri de atribuire, Consiliul a soluționat următoarele contestații:

- contestația formulată de ...împotriva documentației de atribuire, prin Decizia nr. ... din ..., Consiliul respingând contestația ca inadmisibilă;
- contestația formulată de Asocierea ... – ... împotriva rezultatul etapei de verificare DUAE, prin Decizia nr. ..., Consiliul respingând ca nefondată, contestația.

În cadrul procedurii de atribuire au depus oferte 8 operatori economici, printre care și asocierea ... – ... și asocierea ... – ...– ... așa cum rezultă din tabelul cu datele de identificare de ofertanților și erata la acesta, publicate de autoritatea contractantă în SEAP la data de 30.10.2017, respectiv 02.11.2017.

Autoritatea contractantă, potrivit mențiunilor din procesul verbal nr. ..., a evaluat propunerile tehnice și financiare, a aplicat criteriul de atribuire și a stabilit clasamentul intermediar, potrivit căruia:

- locul 1 - asocierea ... – ... - 100 puncte;
- locul 2 – asocierea ... – ...– ... – 96,78 puncte;
- locul 3 – ... – 92,84 puncte;
- locul 4 – asocierea ... – .... – 90,95 puncte.

Din conținutul procesului verbal nr. 13, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. ..., rezultă că autoritatea contractantă a solicitat ofertanților clasați pe primele 2 locuri în clasamentul intermediar o serie de documente suport DUAE, iar ca urmare analizării răspunsurilor primite a declarat inacceptabilă oferta depusă de asocierea ... – ..., în temeiul art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 și a exclus din procedură, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) din HG nr. 395/2016, oferta depusă de asocierea ...– ...– ....

Nemulțumite de aceste decizii ale autorității contractante, comunicate prin adresele nr. ..., respectiv nr. 13B/161/01.03.2019, asocierea ... – ... și asocierea ...– ...– ... au depus contestațiile care fac obiectul dosarelor nr. ... și nr. ....

Din documentele depuse la dosarul cauzei de către ... (Dosar 360/2019) rezultă că autoarea contestației a respectat dispozițiile art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, în sensul că a depus recipisa de consemnare a cauțiunii nr. ... din 13.03.2019, eliberată de CEC Bank – Sucursala ..., în sumă de 220.000 RON.

Din documentele depuse la dosarul cauzei de către asocierea ...– ...– ... (dosar ...) rezultă că autoarea contestației a respectat dispozițiile art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, în sensul că a depus recipisa de consemnare a cauțiunii nr. ... din 13.03.2019, eliberată de CEC Bank – Sucursala ..., în sumă de 220.000 RON.

Raportat la dispozițiile legale incidente, recipisele de consemnare se vor restitui în condițiile stipulate de art. 1.064 C. proc. civ. [*„(1) Cauţiunea depusă se va restitui, la cerere, după soluţionarea prin hotărâre definitivă a procesului în legătură cu care s-a stabilit cauţiunea, respectiv după încetarea efectelor măsurii pentru care aceasta s-a depus. (2) Cauţiunea se restituie celui care a depus-o în măsura în care asupra acesteia* ***cel îndreptăţit nu a formulat cerere pentru plata despăgubirii cuvenite până la împlinirea unui termen de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii*** *sau, după caz, de la data încetării efectelor măsurii, prevăzute la alin. (1). Cu toate acestea, cauţiunea se restituie de îndată dacă partea interesată declară în mod expres că nu urmăreşte obligarea celui care a depus-o la despăgubiri pentru prejudiciile cauzate prin încuviinţarea măsurii pentru care aceasta s-a depus”*], coroborate cu dispozițiile art. 61^1 alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare [*„(5) Cauţiunea depusă se restituie, la cerere, după soluţionarea prin hotărâre definitivă a plângerii, respectiv după încetarea efectelor suspendării procedurii de atribuire şi/sau a executării contractului. (6) Cauţiunea se restituie celui care a depus-o,* ***nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii*** *sau, după caz, de la data încetării efectelor suspendării procedurii de atribuire şi/sau a executării contractului. (7) Consiliul sau instanţa, după caz, se pronunţă asupra cererii de restituire a cauţiunii cu citarea părţilor, printr-o încheiere supusă numai recursului la instanţa ierarhic superioară. Recursul este suspensiv de executare*”].

În ceea ce privește contestația formulată de ..., care face obiectul Dosarului nr. ..., Consiliul constată următoarele:

Din conținutul contestației rezultă nemulțumirea autoarei acesteia de decizia autorității contractante de a respinge, ca inadmisibilă, oferta sa, sub următoarele aspecte:

- respingerea ca inacceptabilă a ofertei sale în temeiul art. 165 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 este neîntemeiată și nelegală, iar comisia de evaluare a încălcat prevederile art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016;

- comisia de evaluare a încălcat prevederile fișei de date a achiziției, în condițiile în care, deși a stabilit, ca regulă, că va solicita documente suport DUAE doar ofertantului clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire, a solicitat doar contestatoarei documente justificative pentru a demonstra condițiile de calificare;

- comisia de evaluare a aplicat abuziv art. 196 alin. (1) din Legea nr. 98/2016;

- în speță ar trebui aplicate prevederile art. 165 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa datată 26.03.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. ..., formulată sub numele și semnătura d-nei ..., reprezentant al contestatoarei, în calitate de vice-președinte a Consiliului de Administrație al ..., potrivit mențiunilor din Certificatul de înregistrare la secțiunea ordinară înregistrat sub nr. ... din 11.02.2019 purtând ștampila operatorului economic în discuție, contestatoarea aduce la cunoștință că renunță la judecarea contestației, astfel încât, în conformitate cu prevederile art. 26 alin. (1) și (8) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va lua act de renunțarea la contestația formulată de ... (**Dosar nr. ...**), în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritatea contractantă.

Față de soluția ce urmează a fi pronunțată, Consiliul va respinge ca rămasă fără obiect cererea de intervenție formulată de ... în **dosarul nr. ...**.

Fără pronunțare pe fondul cauzei.

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei de restituire a cauțiunii constituită pentru soluționarea contestației, Consiliul o apreciază ca fiind prematură, aceasta urmând a se restitui în condițiile prevăzute de dispozițiile art. 61^1 alin. (5) și (6) din Legea nr. 101/2016, care stipulează următoarele:

„(5) Cauţiunea depusă se restituie, la cerere, după soluţionarea prin hotărâre definitivă a plângerii, respectiv după încetarea efectelor suspendării procedurii de atribuire şi/sau a executării contractului”.

(6) Cauţiunea se restituie celui care a depus-o, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor suspendării procedurii de atribuire şi/sau a executării contractului”.

În speță, constatând că dreptul contestatoarei de restituire a cauțiunii nu s-a născut încă, acest drept nefiind actual, nu sunt

îndeplinite condițiile legale pentru formularea cererii de restituire a cauțiunii, astfel încât, aceasta este prematură și va fi respinsă ca atare.

Sarcina probei îndeplinirii condițiilor legale de restituire a cauțiunii revine petentei, conform dispozițiilor art. 249 din Codul de procedură civilă, care stipulează că *„Cel care face o susţinere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege*".

În ceea ce privește contestația formulată de asocierea ...– ...– ..., care face obiectul Dosarului nr. ..., Consiliul constată următoarele:

Cu privire la cererea de intervenție formulată de ... în dosarul nr. ..., depusă în original la data de 19.03.2018 și înregistrată la CNSC sub nr. ..., Consiliu constată că a fost formulată cu respectarea prevederilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 *[„(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, cu înștiințarea părților cauzei, 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 faptului că s-a formulat contestație. În cazul prevăzut la art. 6 alin. (7), termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării faptului că s-a formulat contestație*"], în condițiile în care autoritatea contractantă a publicat în SEAP contestația formulată de asocierea ...– ...– ... la data de 12.03.2019, astfel că termenul limită de depunere a unei astfel de cereri, calculat prin aplicarea dispozițiilor anterior citate, s-a împlinit la data de 22.03.2019. Rezultă, astfel, că această cerere de intervenție a fost depusă în cadrul termenului legal anterior calculat.

Consiliul apreciază că această cerere prezintă natura juridică a unei cereri de intervenție accesorie deoarece sprijină poziția autorității contractante, în sensul respingerii contestației motiv pentru care califică cererea de intervenție depusă drept cerere de intervenție accesorie formulată în favoarea autorității contractante.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016 coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, art. 64, art. 65 şi art. 67 din Codul de procedură civilă, dar și faptul că în cadrul procedurii de atribuire în cauză, ... are calitatea de ofertant a cărui ofertă a fost declarată admisibilă deci posibil câștigătoare, autoritatea contractantă nestabilind încă rezultatul procedurii, iar cererea sa privește respingerea contestației, Consiliul admite, în principiu, cererea de intervenție astfel cum a fost calificată și, pe cale de consecință, respinge excepția inadmisibilității cererii invocată de contestatoare.

În ceea ce privește excepțiile lipsei calității procesuale de folosință active, a lipsei calității procesuale active a asocierii, Consiliul constată că acestea sunt nefondate, în condițiile în care, potrivit art. 2 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 (normă specială ce exclude norma generală), ***„O un lege"***, iar, în speță, așa cum rezultă din documentele depuse la dosarul

cauzei, contestația a fost formulată de asocierea ...– ...– ..., prin ...(deci unul din membrii asocierii) reprezentată legal prin ..., în calitate de administrator, iar atașat contestației a fost depusă împuternicirea datată 07.03.2019, prin care asocierea ...– ...– ... împuternicește pe ...prin reprezentatul legal ... pentru formularea, depunerea și susținerea căilor de atac împotriva deciziei de excludere a ofertei asocierii.

În aceste condiții, Consiliul va respinge excepțiile invocate de intervenientă.

Din conținutul contestației rezultă nemulțumirea autoarea acesteia de decizia autorității contractante de a exclude oferta sa, considerând că aceasta trebuia să solicite ...să comunice dovezi cu privire la măsurile luate pentru a-și demonstra concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

Analizând conținutul fișei de date a achiziției, III.2.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului, Consiliul apreciază ca fiind relevante spetei următoarele cerințe stabilite de autoritatea contractantă:

„Pentru demonstrarea îndeplinirii criteriilor/ cerințelor de calificare se vor prezenta: (...)

III. Ofertantul unic/Ofertantul asociat/Subcontractantul/Terțul susținător trebuie să demonstreze că nu se încadrează în prevederile art. 167 din Legea nr. 98/2016.

În acest sens, Ofertantul unic/Ofertantul asociat/Subcontractantul/ Terțul susținător va completa DUAE - Partea III «Motive de excludere» - Secțiunea C «Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale».

(...)

Ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire, anterior atribuirii contractului, va prezenta, la solicitarea Autorității Contractante, următoarele documente edificatoare care probează/ confirmă neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 167 de mai sus, atât pentru Ofertantul unic/Ofertantul asociat cât și pentru Subcontractantul/ Terțul susținător declarați în ofertă:

- certificate, caziere, documente prin care se demonstrează faptul că operatorul economic poate beneficia de derogările prevăzute la art. 167 alin. (2) și art. 171 din Legea 98/2016 (...)

Nota 5: Autoritatea Contractantă va exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire în care ia la cunoștință că operatorul economic se află, având în vedere acțiunile sau inacțiunile săvârșite înainte sau în cursul procedurii, în una dintre situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, de natura să atragă excluderea din procedura de atribuire”.

Din conținutul DUAE-ului depus de ..., rezultă că, în referire la „Motivele de excludere” (partea III), la secțiunea C - „Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale”, ...a bifat opțiunea „**NU**” atât la întrebarea „*Operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă? Dacă este cazul, a se vedea definițiile din legislația națională, din anunțul relevant sau din documentele*

achiziției”, cât și la întrebarea *„Operatorul economic se află într-o situație în care un contract de achiziții publice anterior, un contract anterior încheiat cu o entitate contractantă sau un contract de concesiune anterior a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni comparabile în legătură cu respectivul contract anterior?*”.

Verificând lucrările membrilor comisiei de evaluare, Consiliul constată că, potrivit mențiunilor din procesul verbal nr. 13, înregistrat sub nr. ..., după respingerea ofertei depusă de asocierea ... – ..., autoritatea contractantă a aplicat criteriul de atribuire și a constatat că oferta depusă de asocierea ...– ...– ... este „admisibilă și clasată pe primul loc”, însă, întrucât *„Comisia de evaluare se află în stadiu de așteptare a răspunsului Direcției de specialitate din cadrul ... privind modificările aduse prin Acordul de mediu care ar putea avea implicații prin raportare la prevederile Cerințelor Beneficiarului incluse în Documentația de atribuire pusă la dispoziția tuturor operatorilor economici la momentul lansării procedurii de achiziție, precum și asupra ofertelor depuse de ofertanți în cadrul procedurii, comisia de evaluare a decis în temeiul prevederilor art. 167 din Legea nr. 98/2016, să verifice în cadrul platformei SEAP (www.e-licitatie.ro) - rubrica «Documente constatatoare», existența unor documente constatatoare.*

Astfel, în urma interogării platformei SEAP, pentru operatorul economic ..., Comisia de evaluare a identificat un document constatator emis pentru neîndeplinirea în mod corespunzător a contractului, după cum urmează:

1 - Document constatator nr. 57866/07.08.2017 emis de ... pentru Asocierea ... (fosta ....) - S.C. ... S.R.L., acesta având calitatea de contractant în cadrul contractului de lucrări «Proiectarea și execuția ...».

În cadrul documentului se menționau următoarele:

[...] 8. Contractul a fost îndeplinit în mod corespunzător: NU.

Motivații:

8.1 Eventuale litigii și modul lor de soluționare: DA

Au fost formulate revendicări de către Beneficiar în baza Sub-clauzei 2.5 [Revendicările Beneficiarului] din Condițiile Speciale ale Contractului, și de către Antreprenor în baza Sub-clauzei 20.1 [Revendicările Antreprenorului] din Condițiile Speciale.

Beneficiarul a transmis, în urma stabilirii modului de soluționare de către Inginer în baza Sub-clauzei 3.5 [Stabilirea Modului de Soluționare] din Condițiile Generale, următoarele facturi de penalități:

- nr... în valoare de 40.000 lei pentru înlocuirea personalului cheie - factura a fost plătită la data de 24.04.2017;

- nr. ... în valoare de 6.600.000 lei, pentru neîndeplinirea punctelor de referință 1, 2 si 3 - neplătită până la data prezentei.

Până în prezent nu au fost demarate proceduri prevăzute în Sub-clauza 20.4 [Obținerea Deciziei Comisiei de Adjudecare a Disputelor] sau în Sub-clauza 20.6 [Arbitrajul] din Condițiile Speciale ale Contractului.

8.2 În executarea obligațiilor contractuale, Antreprenorul a încălcat prevederile contractului de Lucrări, după cum urmează:

Antreprenorul nu a soluționat cerința Înștiințării de remediere emise în temeiul prevederilor sub-clauzei 15.1 (Înștiințarea de remediere) din Condițiile Speciale ale Contractului de Lucrări.

Înștiințarea de remediere nr. ... a fost emisă de către Inginer în data de 25.04.2017, pentru neexecutarea în termenul contractual a obligației de realizare a întregii activități de proiectare.

- *obiectul înștiințării: neexecutarea în termen contractual a obligației de realizare a întregii activități de proiectare;*

- termen acordat pentru remediere de către Inginer: 26.05.2017;

- prevederile Sub-Clauzei 8.3 [Ritmul Evoluției Lucrărilor];

- «întreaga activitate de proiectare să fie finalizată în termen de 180 de zile de la Data de începere» (07.10.2016);

- situația înștiințării de remediere.

Anexat adresei ..., Antreprenorul a transmis o documentație intitulată PT, PAC, DDE, completată ulterior cu documentație atașată adresei ... din 07.06.2017. Conform concluziilor Inginerului din Raportul de analiză atașat adresei nr... din 09.06.2017, documentația tehnică prezentată de Antreprenor prin cele două adrese nu poate fi asimilată unei documentații finale pentru niciuna din fazele PT, PAC sau DDE, considerând că aceasta nu poate fi înaintată spre analiză și aprobare în CTE - ....

Concluzie: Înștiințarea de Remediere nu a fost îndeplinită de către Antreprenor.

În consecință, situația de fapt pe care am consemnat-o mai sus se traduce în neexecutarea culpabilă a obligației Antreprenorului referitoare la activitatea de proiectare.

Slaba capacitate de management a Antreprenorului pentru îndeplinirea obligațiilor din cadrul Contractului privind activitatea de proiectare a fost semnalată printre altele și de inconsecvența informațiilor transmise de Antreprenor referitoare la activitățile aferente proiectării.

Înștiințarea de remediere nesoluționată, reprezintă în fapt, neîndeplinirea unei obligații contractuale semnificative de către Antreprenor, astfel cum aceasta a fost solicitată de către Inginer în baza Contractului, întrucât o obligație îndeplinită temporar sau parțial, nu echivalează cu o obligație îndeplinită corespunzător și în integralitate și, în consecință, poate conduce ulterior la consecințe asupra lucrărilor. Astfel, neîndeplinirea acestei obligații contractuale nu permitea desfășurarea și îndeplinirea ulterioară a celeilalte obligații semnificative, aceea de execuție a lucrărilor.

8.3 rezilierea contractului. DA

Prin actul nr..., în baza prevederilor Sub-clauzei 15.2 [Rezilierea Contractului de către Beneficiar] din Condițiile Speciale ale Contractului, C.N.A.I.R. S.A. a reziliat de plin drept Contractul nr. ..., fără vreo altă notificare prealabilă, fără încuviințarea vreunei instanțe judecătorești și/sau arbitrate și fără a mai fi necesară îndeplinirea vreunei alte formalități.

Rezilierea contractului a operat în temeiul prevederilor Sub-clauzei 15.2 alin. (1) lit. a) din Condițiile Speciale ale Contratului de Lucrări:

«Beneficiarul va fi îndreptățit să rezilieze Contractul dacă Antreprenorul:

(a) nu reușește să respecte prevederile Sub-Clauzei 4.2 [Garanția de Bună Execuție sau cerințele unei înființări potrivit prevederilor Sub-Clauzei 15.1 [Înființarea de Remediere]»

Rezilierea și-a produs efectele odată cu emiterea notificării de reziliere, cu toate consecințele ce decurg din faptul rezilierii, respectiv începând cu data de 25.07.2017.

8.4 Prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului: DA

C.N.A.I.R. S.A. a notificat Antreprenorul, Asocierea ... (fosta ... - ..., în conformitate cu prevederile sub-clauzei 2.5 [Revendicările Beneficiarului] cu privire la îndreptățirea sa la costurile suportate ca urmare a îndeplinirii în mod defectuos a obligațiilor contractuale de către Antreprenor, cât și din cauza rezilierii Contractului de Lucrări nr. ..., din culpa Antreprenorului, inclusiv, dar fără a se limita la acoperirea costurilor ce vor fi ocazionate de organizarea unei noi proceduri de achiziție publică referitoare la executarea proiectului de autostradă ce a făcut obiectul Contractului, precum și a costurilor rezultate ca efect al întârzierilor acumulate în realizarea proiectului, întârzieri datorate culpei Antreprenorului.

Prezentul document constatator a fost întocmit în 2 (două) exemplare, în conformitate cu prevederile art. 97[1] din HG nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii.

În vederea clarificării aspectelor incluse în Documentul Constatator nr. ... emis de ..., urmare verificărilor făcute Comisia de Evaluare a constatat că:

- *Operatorul economic [Asocierea ... (fosta ....) - S.C. ... S.R.L] a formulat o cerere de chemare în judecată a Autorității Contractante, respectiv ..., prin care a solicitat suspendarea efectelor Documentului constatator nr. ..., emis de ... cu privire la îndeplinirea obligațiilor contractuale din cadrul contractului nr. ... privind Proiectarea şi Execuția Autostrăzii B... - temei de drept: dispozițiile art. 14 din Legea nr. 554/2004 privind contenciosul administrativ, constituindu-se astfel dosarul (...) ....*

Prin Sentința civilă nr. ..., Tribunalul ...i - Secția a II a de Contencios Administrativ a respins cererea reclamantei ca neîntemeiată.

Împotriva acestei sentințe reclamanta Asocierea ... - ...a formulat recurs, iar prin Decizia civilă nr. ... a respins recursul ca nefondat.

Astfel, Sentința civilă nr. ... pronunțată de ...Secţia a II a de Contencios Administrativ prin care a respins cererea de suspendare a efectelor Documentului Constatator nr. ... este definitivă.

- *Operatorul economic [Asocierea ... (fosta Impresii Costruzioni Giuseppe Maltauro S.pA.) - S.C. ... S.R.L] a formulat o cerere de chemare în judecată a Autorității Contractante, respectiv ... care a avut ca obiect emitere ordonanță preşedinţială prin care a solicitat suspendarea efectelor Documentului -Constatator nr. ..., emis de ... cu privire la îndeplinirea obligațiilor contractuale din cadrul contractului nr. ... privind Proiectarea și Execuția Autostrăzii ... - temei de drept: dispozițiile art. 997 Cod procedură civilă constituindu-se astfel dosarul DOSAR ....*

Prin Sentința civilă nr. .... Tribunalul ... - Secția a II a de Contencios Administrativ a luat act de renunțarea la judecată din partea reclamantei Asocierea ... – S.C. ... S.R.L.

- *Operatorul economic [Asocierea ... (fosta ....) - S.C. ... S.R.L] a formulat o cerere de chemare în judecată a Autorității Contractante, respectiv ... prin care a solicitat anularea Documentului Constatator nr. ..., emis de ... cu privire la îndeplinirea obligațiilor contractuale din cadrul contractului nr. ... privind Proiectarea şi Execuţia Autostrăzii ... – temei de drept: dispozițiile art. 997 Cod procedură civilă, constituindu-se astfel dosarul (...) ...*

Prin Sentința civilă nr. ..., Tribunalul ... - Secția a II a de Contencios Administrativ a respins cererea reclamantei ca neîntemeiată.

Împotriva acestei sentințe reclamanta Asocierea ... - ...a formulat recurs. ... a formulat întâmpinare la cererea de recurs prin care a solicitat respingerea recursului ca nefondat, menținerea ca temeinică şi legală a Sentinței civile nr. ..., pronunțată de Tribunalul ... - Secția a II a de Contencios Administrativ.

CONCLUZIE FINALĂ:

Având în vedere:

- *prevederile documentului constatator ... emis de ...*
- *că reclamanta nu a obținut suspendarea efectelor Documentului Constatator nr. ..., iar acest document îşi produce efectele prevăzute de lege.*
- *De asemenea, prin Sentința civilă nr. ..., Tribunalul ...i - Secţia a II a de Contencios Administrativ, a statuat, cu autoritate de lucru judecat provizorie că Documentului Constatator nr. ... este legal emis.*
- *prevederile formularului DUAE depus pentru asociații S.C. ... S.R.L în cadrul căreia la:*

- partea III «Motive de excludere» - secțiunea C «Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale» - subsecțiunea «Operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă? Dacă este cazul, a se vedea definițiile din legislația națională, din anunțul relevant sau din documentele achiziției» ați bifat «NU»

- partea III «Motive de excludere» - secțiunea C «Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale» - subsecțiunea «Operatorul economic se află într-o situație în care un contract de achiziții publice anterior, un contract anterior încheiat cu o entitate contractantă sau un contract de concesiune anterior a fost reziliat

anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni comparabile în legătură cu respectivul contract anterior?» ați bifat «NU»

prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice «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: [...] g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce îi reveneau în cadrul unui contract de achiziție publice, al unui contract de achiziție sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune - interese sau alte sancțiuni comparabile»,

- *prevederile art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice «În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. g) se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/executarea unor produse/ servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract».*

Oferta depusă de .... - ...- ... va fi EXCLUSĂ din procedura de atribuire în conformitate cu prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 cu completările si modificările ulterioare (Autoritatea contractantă exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire în care ia la cunoștință că operatorul economic se află, având în vedere acțiunile sau inacțiunile săvârșite înainte sau în cursul procedurii, în una dintre situațiile prevăzute la art. 164, 165 şi 167, de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire)".

Din conținutul informațiilor publicate în SEAP în legătură cu documentul constatator nr. ... (nr. SEAP ..., rezultă că acesta a fost emis de ... pe numele „..." și vizează contractul nr. ... din 26.05.2016, reziliat la data de 25.07.2017.

Pe de altă parte, din conținutul documentul constatator nr. ..., emis în legătură cu asocierea ... - ..., rezultă, printre altele, că motivul rezilierii contractului nr. ..., l-a reprezentat încălcarea prevederilor contractului, în sensul nesoluționării cerinței unei Înștiințări de remediere emisă de către Inginer în data de 25.04.2017 și pentru neexecutarea în termenul contractual a obligației de realizare a întregii activități de proiectare.

Din probatoriul administrat de contestatoare la dosarul cauzei rezultă, printre altele, următoarele:

- între ... și ... (reprezentat prin dl. ...) a fost încheiat acordul de asociere autentificat la notar la data de 17.12.2015, având ca obiect „Proiectarea și construcția autostrăzii ..., Sector 3A: Cluj Vest (Gilău) – Mihăilești, km 0+000 – km 25+500, ...", pentru ... (Beneficiar), din conținutul căruia rezultă că cota de participare a ... în cadrul asocierii a fost de 2,8%;

- asocierea ... - ... a încheiat cu ... contractul nr. ..., având ca obiect „Proiectarea și construcția autostrăzii B...";

- prin adresa nr. ... din 19.10.2016, transmisă autorității contractante, ... a înaintat propunerea privind înlocuirea d-lui ..., propus pentru poziția de Șef Echipa proiectare, cu dl. ...;

- prin actul adițional nr. 2 la acordul de asociere, autentificat la notar la data de 08.03.2017, s-au modificat cotele de participare la asociere, cota aferentă ... reducându-se la 0,01%;

- din conținutul adresei nr. ... înregistrată la ... sub nr. ..., transmisă de ..., reprezentant al Beneficiarului, către asocierea ... – ..., în legătură cu activitatea de proiectare, rezultă că *„inginerul se declară în profund dezacord cu opinia antreprenorului (...) Lipsa totală de experiență a șefului echipei de proiectare în coordonarea de activități similare complexe și cu activități interdependente, excluderea totală din cadrul elaborării proiectării a asociatului specializat în activitatea de proiectare din cadrul asocierii";*

- din conținutul adresei nr. ... înregistrată la ... sub nr. ..., transmisă de ..., reprezentant al Beneficiarului, către asocierea ... – ..., în legătură cu activitatea de proiectare, rezultă: *„înlocuirea persoanei aprobate de către beneficiar la nivel de ofertă, pentru poziția de Șef Echipă Proiectare (dl. ...), s-a făcut în urma solicitării antreprenorului transmisă prin intermediul adresei ... din 19.10.2016, pentru care inginerul și-a exprimat acordul prin adresa ... din 03.11.2016"; „În urma celor descrise mai sus, Inginerul a consemnat situația în care membrii ai echipei de proiectare au verificat/aprobat elementele proiectate de către Șeful echipei de proiectare și faptul că dl. ... nu pare să fi avut vreun aport în activitatea de proiectare desfășurată".*

Analizând decizia membrilor comisiei de evaluare de excludere a ofertei contestatoarei în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, prin raportare la mențiunile din cadrul DUAE-ului depus de ..., la prevederile documentației de atribuire și la dispozițiile legale în domeniu, Consiliul constată că aceasta este eronată.

Astfel, Consiliul constată că, urmare a demersurilor întreprinse de autoritatea contractantă, respectiv consultarea platformei SEAP, aceasta s-a aflat în posesia unor informații contradictorii care vizează motivele legate de abateri profesionale, după cum urmează:

- pe de o parte, din conținutul informațiilor menționate în cadrul DUAE-ului depus de ..., rezultă că, în legătură cu motivul de excludere în discuție, acesta a bifat căsuța „Nu";

- pe de altă parte, din demersurile autorității contractante a rezultat că pentru asocierea ... - ..., din care a făcut parte deci ...a fost emis, de ..., documentul constatator înregistrat la emitent sub nr. ....

Aceste neclarități sesizate de autoritatea contractantă între informațiile furnizate de contestatoare și cele obținute din accesarea platformei SEAP, nu au fost clarificate de autoritatea contractantă, în speță, aceasta neaplicând dispozițiile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Ori, potrivit art. 171 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, *„(1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situaţiile prevăzute la art. 164 şi 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate*

furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-şi 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 credibilităţii, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire”, textul de lege nefăcând distincție în funcție de tipul emitentului documentului constatator (chiar autoritatea contractantă organizatoare a procedurii de atribuire sau altă autoritate contractantă).

Astfel, Consiliul constată că, prin neaplicarea dispozițiilor legale imperative citate anterior, respectiv prin neanalizarea argumentelor prezentate de către ...în cuprinsul contestației sale și a susținerilor aferente acesteia, autoritatea contractantă nu a permis contestatoarei, despre a cărei ofertă a constatat că se află într-una din situațiile prevăzute la art. 167 din Legea nr. 98/2016, să furnizeze dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-şi demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

Astfel, Consiliul apreciază că decizia autorității contractante trebuie să se bazeze pe o analiză reală a circumstanțelor concrete care au condus la rezilierea contractului care a făcut obiectul documentului constatator nr. ..., prin aprecierea culpei ... în executarea acestui contract, în condițiile în care din documentul constatator nu rezultă, cu evidență, cupla gravă și evidentă a contestatoarei în executarea contractului, aceasta susținând, în cadrul contestației și depunând o serie de documente prin care susține că nu a fost implicată în partea de proiectare a contractului nr. ..., aspecte care nu au fost analizate de autoritatea contractantă, fiind încălcat dreptul efectiv al ofertantului de a beneficia de o explicație fundamentată sub aceste aspecte. În acest sens sunt și considerentele Curții de Apel ... din cadrul Deciziei nr. ... din 29.06.2017 emisă într-o speță similară.

Numai după aplicarea dispozițiilor prevăzute de art. 209 alin. (1) coroborate cu cele ale art. 171 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă poate stabili măsura în care dovezile furnizate sunt sau nu suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității ofertantului.

Față de cele reținute anterior, Consiliul constat că aspectele sesizate de contestatoare sunt întemeiată, contestația urmând să fie admisă.

În temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de asocierea ...– ...– ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., va anula, în parte, procesul verbal nr. ... și actele subsecvente acestuia, respectiv referirile la oferta depusă de asocierea ...– ...– ... și la stabilirea clasamentului și va obliga autoritatea contractantă, ca în termen de 15 zile de la primirea prezentei decizii să reevalueze oferta depusă de asocierea ...– ...– ..., cu respectarea dispozițiilor legale, a prevederilor documentației de atribuire și a celor reținute în motivare.

Față de soluția ce urmează să fie pronunțată, Consiliul va respinge cererea de intervenție formulată de ... în dosarul ....

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Ia act de renunțarea la contestația formulată de ... (**Dosar nr. ...**), în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritatea contractantă.

Respinge ca prematură solicitarea ... de restituire a cauțiunii constituită pentru soluționarea contestației care a făcut obiectul dosarului nr. ....

Respinge, ca nefondate, excepțiile lipsei calității procesuale de folosință active, a lipsei calității procesuale active a asocierii ...– ...– ... (**Dosar nr. ...**), invocate de intervenientă.

Admite contestația formulată de asocierea ...– ...– ... (**Dosar nr. ...**), în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., anulează, în parte, procesul verbal nr. ... și actele subsecvente acestuia, respectiv referirile la oferta depusă de asocierea ...– ...– ... și la stabilirea clasamentului și obligă autoritatea contractantă, ca în termen de 15 zile de la primirea prezentei decizii, să reevalueze oferta depusă de asocierea ...– ...– ..., cu respectarea dispozițiilor legale, a prevederilor documentației de atribuire și a celor reținute în motivare.

Respinge ca rămasă fără obiect cererea de intervenție formulată de ... (**Dosar nr. ...**).

Respinge cererea de intervenție formulată de ... (**Dosar ...**).

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

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET **MEMBRU COMPLET**

... **...**

Redactat în 6 exemplare originale, conține 33 pagini.