CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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

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

DECIZIE

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

Prin contestaţia nr. ...../....., înregistrată la Consiliu sub nr. ...../....., formulată de S.C. ..... S.R.L., cu sediul în ....., str. ……, județul ....., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ....., având Cod Unic de Înregistrare ..... atribut fiscal RO, împotriva adresei nr. ……. din 21.03....., emisă în cadrul procedurii simplificate – într-o singură etapă, online, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziţie publică având ca obiect „.....”, cod CPV 45200000-9 – Lucrări de construcții complete sau parțiale și lucrări publice (Rev.2), organizată de ....., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ....., ..., județul ....., s-a solicitat anularea actului administrativ răspuns la notificarea prealabilă nr. ……../27.03..... ca netemeinic și nelegal, a actului administrativ comunicarea rezultatului procedurii nr. ……../21.03..... ca netemeinic și nelegal, constatarea respectării tuturor dispozițiilor legale aplicabile în materie, precum și a cerințelor din cuprinsul fișei de date a achiziției, în sensul prezentării unei oferte admisibile, constatarea caracterului admisibil al ofertei subscrisei, prin prezentarea unei oferte în conformitate cu cerințele din cuprinsul fișei de date și ale legislației aplicabile în materia achizițiilor publice, anularea desemnării ca și câștigătoare a ofertei prezentate de S.C. ..... S.A., anularea raportului procedurii și a actelor subsecvente, respectiv reevaluarea ofertei.

Prin adresa nr. ...../..... înregistrată la Consiliu sub nr. ...../....., S.C. ..... S.R.L., cu sediul în ....., ..., ...,

....., județul ....., având Cod Unic De Înregistrare ..... atribut fiscal RO, înregistrată la Oficiul Registrului Comerţului ....., a transmis „Cerere de intervenţie”, prin care solicită respingerea ca neîntemeiată și nelegală a contestației formulate de societatea ..... S.R.L., împotriva răspunsului la Notificarea Prealabilă –adresa nr. ……/27.03..... și a comunicării nr. ……./21.03.....; menținerea măsurilor de remediere adoptate și comunicate de autoritatea contractantă prin răspunsul la Notificarea Prealabilă – adresa nr. …. din 17.01....., precum și menținerea răspunsului la Notificarea Prealabilă – adresa nr. ……/27.03..... și a comunicării rezultatului procedurii nr. ……/21.03....., menținerea raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente acestuia în ceea ce privește stabilirea ca aplicabil a motivului prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 care a determinat excluderea din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică a contestatoarei, precum și menținerea rezultatului procedurii nr. ……../21.03..... prin care oferta ..... a fost desemnată câștigătoare, continuarea procedurii de atribuire cu menținerea măsurii de excludere a ofertantului S.C. ..... S.R.L. din procedură în aplicarea dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, coroborate cu art. 167 alin. (3) – (4) și art. 169 din Legea nr. 98/2016 ca fiind întemeiată, suspendarea soluționării contestației până la propunțarea hotărârii judecătorești de Curtea de Apel …… în dosarul nr. ……....., în temeiul dispozițiilor art. 413 alin. (1) pct. 1 din Codul de Procedură Civilă coroborat cu dispozițiile art. 68 din Legea nr. 101/2016.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

Consiliul a fost sesizat să soluţioneze contestaţia nr. ...../....., înregistrată la Consiliu sub nr. ...../....., prin care ofertantul S.C. ..... S.R.L., contestă adresa nr. …….. din 21.03....., solicitând cele menţionate în partea introductivă a deciziei.

În preambulul contestaţiei, contestatorul a prezentat legimitatea demersului său, dat fiind interesul pe care îl prezintă în raport cu rezultatul comunicat de către autoritatea contractantă.

După un scurt istoric al participării la procedura de achiziţie, contestatorul critică decizia autorității contractante sub aspectul excluderii din procedură, motivat de faptulcă s-ar afla în situația prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, situație determinată de existența Hotărârii penale nr. 109 pronunțată în primă instanță în Dosarul nr. ……. de Judecătoria .....

S.C. ..... S.R.L. consideră că, afirmaţia autorităţii contractante precum că se află în situaţia prevăzută de art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, nu se aplică raportat la prevederile art. 171 alin. (5) din aceeaşi prevedere legală.

Contestatorul arată că, nicio comisie de evaluare nu are dreptul de a dispune excluderea unui ofertant din cadrul procedurilor de achiziție publică în afara motivelor prevăzute de legiuitor, motivele de excludere, inacceptabilitate, neconformitate fiind reglementate concret, exhaustiv și fără posibilitatea comisiilor de evaluare de a deroga de la acestea.

Autoarea contestației consideră că, comisiile de evaluare nu au dreptul de a elimina un ofertant din cadrul unei proceduri de atribuire pentru alte motive decât cele reglementate expres de legislația aplicabilă în materia achizițiilor publice, având în vedere faptul că aceste excluderi aveau un caracter de excepție (și nu de regulă), ofertanții fiind eliminați din cadrul unei proceduri doar în situația identificării unui motiv de excludere clar și expres reglementat de lege.

Referitor la „reputația profesională" a societății ..... S.R.L. menționată de autoritatea contractantă în cadrul comunicării rezultatului procedurii, societatea contestatoare menționează recomandarea emisă de Ministerul Justiției sub nr. ……./01.03....., potrivit căreia s-au finalizat cu succes cinci proiecte importante.

Contestatorul, arată că argumentele și trimiterile la textele de lege explicite au fost efectiv ignorate de către autoritatea contractantă în cuprinsul răspunsului nr. 1396, refuzând să se pronunţe cu privire la excepţia adusă în discuţie (art. 171 alin. 5 din legea nr. 98/2016), referindu-se exclusiv la *„obligativitatea de a exclude (….)"*.

În continuare, autoarea contestației susține că motivarea autorității contractante este în opoziție cu prevederile art. 168 din Legea nr. 98/2016.

Contestatorul afirmă că, potrivit prevederilor art. 168 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă avea obligaţia de a accepta ca fiind suficient şi relevant orice document edificator pentru demonstrarea faptului că nu se încadra în situaţiile prevăzute de art. 167, cum ar certificate de cazier judiciar.

În cadrul ofertei a fost depus certificatul constatator de la Registrul comerţului şi certificatul de cazier judiciar. Astfel, din certificatul constatator emis de Registrul Comerţului, dar şi din informaţiile existente pe site-ul SEAP a rezultat că nu a existat nicio menţiune în SEAP şi nici în certificatul constatator privind interzicerea dreptului societăţii ..... S.R.L. de a participa la proceduri de achiziţie publică.

De asemenea, în cadrul documentelor de calificare a fost depus Certificatul de cazier judiciar nr. …… din 07.12.2016 unde era specificat că societatea ..... S.R.L. nu era înscrisă în cazierul judiciar. Nici la acest moment nu este înscris în cazierul fiscal nicio faptă de natură să pună în discuţie integritatea societăţii.

În sprijinul afirmaţiilor antemenţionate, contestatorul menţionează şi răspunsul dat de Ministerul Finanţelor Publice – Agenţia Naţională pentru Achiziţii Publice, precum şi Notificarea cu privire la fişa de date prin care Agenţia Naţională pentru Achiziţii publice a elaborat instrumentul de lucru – fişa de date achiziţii publice, publicată pe site-ul ANAP în data de 08.12.2016.

Societatea contestatoare consideră că afirmaţia autorităţii contractante potrivit căreia ..... S.R.L. s-ar afla în situaţia prevăzută de art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 89/2016 nu are susţinere legală, raportat şi la prevederile art. 167 alin. (3) din acelaşi act normativ.

Contestatorul arată că s-a reţinut, de către organele abilitate, infracţiunea de fals şi uz de fals, comise dintr-o eroare, eroare care nu poate face ca societatea contestatoare să fie asimilată ca fiind parte dintr-un cartel.

În opinia contestatorului, autoritatea contractantă trebuie să demonstreze abaterea profesională gravă printr-o decizie a unei instanţe judecătoreşti sau a unei unităţi administrative.

Faţă de cele menţionate anterior, contestatorul consideră că cerinţa nu a fost îndeplinită, întrucât, în cauza care a format dosarul nr. ……, nu a fost inculpat pentru infracţiunea de deturnare a licitaţiilor publice, fapta prevăzută şi pedepsită de art. 246 Cod Penal. În sprijinul celor menţionate, contestatorul invocă Decizia Consiliului nr. …….

Referitor la depunerea unei plângeri penale de către Ministerul Justiţiei, contestatorul arată că aceasta nu conferă nicio certitudine asupra faptului că aceasta a vizat o faptă care în realitate avea caracterul unei infracţiuni.

Acest mod de analiză intră în contradicţie cu principiile nediscriminării, tratamentului egal şi proporţional prevăzute în art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Cu privire la sentinţa propunţată în dosarul nr. ……., care constituie, în opinia autorităţii contractante, abaterea profesională gravă, de natură a pune în discuţie integritatea societăţii ..... S.R.L., contestatorul precizează că aceasta nu este definitivă, fiind formulat Apel de către părţile din dosar.

Acest fapt are ca şi consecinţă faptul că sancţiunea complementară de interzicere de a participa direct sau indirect la procedurile de achiziţie publică pe o perioadă de un an nu are aplicabilitate în acest moment, conform legii.

Exercitarea căii de atac a apelului are ca efect imediat, *opelegis,* suspendarea executării dispoziţiilor din hotărârea primei instanţe, vizate prin declaraţia de apel, pe toată durata judecării caii de atac.

Efectul suspensiv al apelului este general, absolut şi constant, împiedicând ca hotărârea judecătorească să devină definitivă.

Efectul suspensiv este general pentru că toate hotărârile penale supuse căii ordinare de atac nu pot fi puse în executare, dacă nu s-a

soluţionat apelul sau nu a fost înlăturată posibilitatea exercitării lui prin expirarea termenului de declarare.

Efectul suspensiv este absolut pentru că se produce ori de câte ori se declară apel, chiar când acesta este neîntemeiat sau neregulat introdus.

Până când respingerea apelului nu se pronunţă de către instanţa superioară, hotărârea primei instanţe nu devine executorie datorită acestui efect.

Menţionând art. 501 din Codul de Procedură Penală, contestatorul menţionează că nu există nicio menţiune în SEAP privind interzicerea dreptului societăţii ..... S.R.L. de a participa la proceduri de achiziţie publică şi de asemenea, nu există nicio menţiune de acest gen la Registrul Comerţului, dovada în acest sens fiind certificatul constatator depus în cadrul procedurii.

În opinia contestatorului, autoritatea contractantă prin excluderea din cadrul acestei proceduri a anulat dreptul la un proces echitabil şi prezumţia de nevinovăţie stabilită de art. 4 din Codul de Procedură Penală.

Faţă de acest aspect, contestatorul menţionează din jurisprudenţa Curţii Europene a Dreptului Omului, Constituţia României şi solicită admiterea contestaţiei astfel cum a fost formulată.

Prin adresa nr. ……./04.04....., înregistrată la Consiliu sub nr. ……/05.04....., autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestaţie, solicitând respingerea ca nefondată.

Referitor la contestaţia depusă de către ..... S.R.L., autoritatea contractantă precizează următoarele aspecte:

Au fost aplicate întocmai dispoziţiile art. 167 alin. (1) lit. c) şi alin. (3) şi art. 169 din Legea nr. 98/2016.

Astfel, dispoziţiile articolului 167 au caracter imperativ, autoritatea contractantă având obligaţia de a exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică orice operator economic care se află în una dintre situaţiile enumerate, printre care şi cea în care acesta a comis o abatere profesională gravăcare îi pune în discuţie integritatea.

Referitor la cele antemenţionate, autoritatea contractantă precizează că, condamnarea S.C „....." S.R.L. prin sentinţa penală nr. 1109 din 8 iulie 2016 a Judecătoriei ....., pronunţată în dosarul nr. ……., pentru săvârşirea infracţiunilor de fals material în înscrisuri oficiale şi uz de fals în cadrul unei proceduri de achiziţie publică, autoritate contractantă fiind Ministerul Justiţiei, este una dintre situaţiile care se circumscriu unei abateri profesionale grave de natură a-i pune în discuţie integritatea.

În ceea ce priveşte criticile referitoare la faptul că, în situaţia în care hotărârea judecătorească nu este definitivă, nu se aplică situaţiile de excludere de la art. 167 dacă de la data săvârşirii faptei au trecut mai mult de 3 ani, autoritatea contractantă arată că interpretarea dată de

către contestator dispoziţiilor art. 171 alin. 5 din Legea nr.98/2016 a fost greşită.

În ceea ce priveşte Decizia nr. ……. pronunţată de Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor într-o speţă similară, autoritatea contractantă arată că aceasta a fost emisă şi motivată pe dispoziţiile vechii legi, respectiv O.U.G. nr. 34/2006. Ori condiţiile de excludere a unui ofertant dintr-o procedură pentru atribuirea unui contract de achiziţie publică sunt total diferite în Legea nr. 98/2016, lege care a stat la baza organizării prezentei proceduri simplificate.

Urmare celor antemenţionate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestaţiei formulate de S.C. ..... S.R.L.

Prin adresa nr. ...../10.04.2017înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ...../....., S.C. ..... S.R.L., a formulat cerere de intervenţie, prin care a solicitat cele menţionate în partea introductivă a deciziei.

Prin aceeaşi cerere de intervenție, S.C. ..... S.R.L. a solicitat suspendarea procedurii de atribuire în cauză, până la soluţionarea contestației formulate de S.C. ..... S.R.L. până la pronunțarea hotărârii judecătorești de Curtea de Apel ……. Secția a II-a de Contencios Administrativ și Fiscal în dosarul nr. ……

Consiliul a suspendat soluționarea contestației depusă de către S.C. ..... S.R.L., în contradictoriu cu ....., până la rămânerea definitivă a hotărârii care va fi prounțată de Curtea de Apel ……., Secția de contencios administrativ și fiscal, prin Încheierea nr. ……../...../..... din 04.04.....

În preambulul cererii de intervenție, intervenientul a prezentat un scurt istoric al procedurii, menționând că interpretarea contestatorului asupra motivelor de adoptare şimenţinere a măsurilor de remediere constând în excluderea din procedură, invocate de autoritatea contractantă în răspunsul la notificarea prealabilă prin adresa nr. ……../27.03....., a fost eronată şi în discoordanţă cu prevederile legale în materia achiziţiilor publice.

Referitor la afirmaţia contestatorului privind neîncadrarea acestuia în situaţiaprevăzuă de art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, în raport cu dispoziţiile art. 167 alin. (3) din acelaşi act normativ, intervenientul susţine că interpretarea dată de societatea contestatoare a fost eronată.

Astfel, infracţiunea fals material în înscrisuri oficiale şi uz de fals, reţinute în cadrul dosarului nr. ……., ca fiind comise de societatea ..... S.R.L (fapt recunoscut însăşi de către contestatoare, atât prin susţinere în carul contestaţiei că a comis-o dintr-o eroare, precum şi solicitarea în cursul judecării cauze pentru schimbarea încadrării juridice a faptei din infracţiunea de fals material în înscrisuri oficiale, în infracţiunea de fals în înscrisuri private), a demonstrat fără echivoc săvârşire de către operatorul economic a unor abateri profesionale grave de natura celor care îi afectau reputaţia profesională şi, prin urmare, îi pun în discuţie integritatea, situaţie în care se impune excluderea acestuia din

procedura de atribuire, în aplicarea dispoziţiilor art. 167 alin. (1) lit. c) şi alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce priveşte invocarea prevederilor art. 171 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 de către societatea contestatoare, intervenientul apreciază că aceste dispoziţii nu sunt aplicabile în speţa în cauză, întrucât cercetarea judiciară privind săvârşirea de către S.C. ..... S.R.L. a faptelor de fals şi uz de fals şi, prin urmare, condamnarea acesteia, inclusiv prin aplicarea sancţiunii complementare de interzicere de a participa direct sau indirect la procedurile de achiziţie publică pe o perioadă de 1 an, continuă şi în prezent.

Intervenientul nu poate admite ipoteza ilogica şi absurdă în care dispoziţiile art. 164 şi 167 nu ar fi putut fi aplicate niciodată, fiind golite de orice continuitate, în toate cazurile în care, instrumentarea şi judecarea faptelor prevăzute în aceste articole de lege, durează mai mult de 3 ani, iar trecerea unei perioadei mai mare de 3 ani între data săvârşirii faptelor încriminate şi pronunţarea unei hotărâri definitive, lucrează în beneficiul făptaşului, exonerandu-l de orice răspundere.

Prin adresa nr. ……/25.04..... înregistrată la Consiliu sub nr. ……../25.03....., S.C. ..... S.A. a transmis „note scrise” prin care a invocat excepția autorității de lucru judecat a prezentei contestații, iar în subsidiar în temeiul art. 431 alin. (2) Cod de Procedură Civilă, invocă puterea de lucru judecat față de obiectul contestației din prezentul dosar, solicitând admiterea cererii de intervenție în sprijinul autorității contractante și respingerea ca nefondată a contestației formulate de către ..... S.R.L.

Referitor la excepţia autorităţii de lucru judecat, intervenientul susţine că, prin raportare la prevederile art. 430, art. 431 alin. (1) şi art. 432 din Codul de procedură civilă, au fost îndeplinite condiţiile pentru existenţa în cauză a autorităţii de lucru judecat, întrucât în prezentul dosar prin raportare la Decizia nr. ……/...../……,..... din 16.02..... a C.N.S.C. rămasă definitivă prin Hotărârea nr. …… din 20.04..... pronunţată de Curtea de Apel ……., secţia a II-a contencios administrativ şi fiscal au fost îndeplinite condiţiile prevăzute de lege, respectiv identitate de părţi cu aceeaşi calitate, de cauză şi de obiect.

În măsura în care nu se v-a face aplicarea prevederilor art. 432 din Codul de procedură civilă, intervenientul invocă puterea lucrului judecat în prezentul dosar, având în vedere cele statuate definitiv prin Decizia nr. …../...../……..,..... din 16.02..... a C.N.S.C. rămasă definitivă prin Hotărârea nr. …….. din 20.04..... pronunţată de Curtea de Apel ….., Secţia a II-a contencios administrativ şi fiscal.

Prin adresa nr. ……/25.04..... înregistrată la Consiliu sub nr. ……/25.03....., S.C. ..... S.R.L. a transmis „concluzii scrise” prin care a solicitat cele menţionate în partea introductivă a deciziei şi respingerea ca nefondate şi netemeinice a susţinerilor autorităţii

contractante din cuprinsul punctului de vedere, precum şi ale intervenientului S.C. ..... S.R.L.

Contestatorul solicitând admiterea contestaţiei astfel cum a fost ea formulată, menţionează suplimentar faptul că Decizia nr. …../...../ …,...../16.02..... a vizat, exclusiv, analizarea legalităţii şi temeiniciei în ceea ce priveşte dreptul comisiei de evaluare de a reevalua, în orice moment anterior atribuirii contractului, o anumită ofertă din cadrul unei proceduri de achiziţie publică. Prin contestaţia care formează obiectul prezentului dosar, s-a solicitat analizarea pe fond a modului nelegal în care S.C. ..... S.R.L. a fost exclus din cadrul procedurii desfăşurate de autoritatea contractantă .....

Din documentele depuse de părţi şi din susţinerile acestora, Consiliul constată următoarele:
....., în calitate de autoritate contractantă, a iniţiat procedura de atribuire, simplificată – într-o singură etapă,online în vederea atribuirii contractului de achiziţie publică de lucrări având ca obiect „.....”, sens în care a publicat, în SEAP, invitația de participare nr. ...../.....

Valoarea estimată a contractului este de 14.751.130 RON, iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”.

Anterior, pe rolul Consiliului s-au aflat dosarele nr. …,...../..... Prin Decizia nr. …../...../….,..... din 16.02....., Consiliul a luat act de renunţarea la contestaţia formulată de S.C. ..... S.R.L. și a respins ca nefondată contestaţia formulată de către S.C. ..... S.R.L., de asemenea a respins solicitările de încuviințare în principiu a cererilor de intervenție formulate de S.C. ..... S.R.L. și S.C. ..... S.R.L.
S.C. ..... S.R.L. a formulat plângere la ....., iar potrivit Încheierii finale nr. 1 din 27.03..... a Curții de Apel ..... „În conformitate cu Încheierea nr. …….. a Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie dispune trimiterea cauzei la Curtea de Apel Bacău - Secţia de contencios administrativ şi fiscal”.
Prin Încheierea nr. ……./...../..... din 04.04..... Consiliul a decis suspendarea soluționării prezentei contestații până la pronunțarea deciziei de către Curtea de Apel Bacău.
Ulterior, prin decizia civilă nr. ……/20.04....., Curtea de Apel Bacău, Secţia a II-a civilă, de Contencios Administrativ și Fiscal a respins ca nefondată plângerea formulată de petenta S.C. ..... S.R.L. împotriva Deciziei CNSC nr. …../...../….,..... din 16.02.....

În ceea ce privește cererea de intervenție, formulată de S.C. ..... S.R.L., văzând că are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, fiind ofertantul declarat câștigător, în conformitate cu art. 64 din Codul de Procedură Civilă, Consiliul o încuviințează în principiu ca cerere de intervenție accesorie în interesul autorității contractante.

Referitor la excepția autorității de lucru judecat, Consiliul consideră că nu sunt incidente dispozițiile art. 431 alin. (2) Codul de Procedură Civilă, având în vedere că decizia Consiliului nr. 355/...../199, ... din 16.02..... a vizat exclusiv analizarea legalității deciziei comisiei de evaluare de a reevalua ofertantul ..... S.R.L. În schimb, prin prezenta contestație sunt formulate critici împotriva deciziei de excludere a ofertantului ..... S.R.L., comunicată prin adresa nr. ……..

Potrivit Procesului-verbal nr. ……. al şedinţei de deschidere a ofertelor, până la termenul limită au depus ofertă 4 operatori economici. După reevaluarea ofertei S.C. ..... S.R.L., urmare Deciziei nr. ……/...../….,..... din 16.02....., comisia de evaluare l-a exclus din procedura de atribuire, aspect consemnat în Raportul procedurii nr. ……..

Prin adresa nr. ……/21.03....., de comunicare a rezultatului procedurii, autoritatea contractantă a menționat:

„aţi fost EXCLUS din procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică deoarece vă aflaţi în situaţia prevăzută la art. 167 alin. 1 lit. c din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice.

La data de 16.01....., autoritatea contractantă a luat la cunoştinţă faptul că vă aflaţi în situaţia prevăzută la art. 167 alin. 1 lit. c de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire.

Potrivit dispoziţiilor alin. 1 litera c al articolului 167, "autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică/acordului-cadru (...) orice operator economic care a comis o abatere profesională gravă care îi pune in discuţie integritatea, iar autoritatea contractantă poate demonstra acest lucru prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi o decizie a unei instanţe judecătoreşti sau a unei unităţi administrative", iar potrivit alineatului 3 al aceluiaşi articol, "prin abatere profesională gravă se înţelege orice abatere comisă de operatorul economic care afectează reputaţia profesională a acestuia, cum ar fi încălcări ale regulilor de tip cartel care vizează trucarea licitaţiilor sau încălcări ale drepturilor de proprietate intelectuală, săvârşită cu intenţie sau din culpă gravă".

Prin Hotărârea nr. ……. pronunţată pe data de 8 iulie 2016 de Judecătoria ..... în dosarul nr. ……, inculpata persoană juridică S.C. ..... S.R.L. ..... a fost condamnată pentru săvârşirea infracţiunilor de fals material in înscrisuri oficiale şi uz de fals in cadrul unei proceduri de achiziţie publică, autoritatea contractantă fiind Ministerul Justiţiei, aspect de natură a pune in discuţie integritatea dumneavoastră, în înţelesul dispoziţiilor legale enunţate mai sus.”

Ulterior comunicării deciziei de mai sus, de către autoritatea contractantă, pentru motivele evocate anterior, S.C. ..... S.R.L. a depus la Consiliu contestaţia de faţă.

Analizând criticile formulate de contestator, Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de faptul că autoritatea contractantă a luat decizia de a-l exclude din procedură.

Având a verifica temeinicia deciziei de excludere a ofertantului S.C. ..... S.R.L., Consiliul reţine următoarele:

Prin fișa de date, autoritatea contractantă a precizat:

III.2.1.a) Situatia personala a candidatului sau ofertantului

3. Declaratie privind neîncadrarea în prevederile art. 167 din Legea nr. 98/2016

DUAE completat, se va transmite electronic semnat cu semnatura electronica extinsa.

Încadrarea în una dintre situatiile prevazute la art. 167 din Legea nr. 98/2016 atrage excluderea ofertantului din procedura aplicata pentru atribuirea contractului de achizitie publica.

Această precizare din fișa de date nu a fost contestată de participanții la procedură, astfel că prin depunerea ofertei au acceptat această condiție impusă de autoritatea contractantă.

Conform art. 167 alin. 1 lit. c, alin. 3 și alin. 4 din Legea nr. 98/2016:

(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situaţii:

*c) a comis o abatere profesională gravă care îi pune în discuţie integritatea, iar autoritatea contractantă poate demonstra acest lucru prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi o **decizie a unei instanţe judecătoreşti** sau a unei autorităţi administrative;*

(3) În sensul dispoziţiilor alin. (1) lit. c), prin abatere profesională gravă se înţelege orice abatere comisă de operatorul economic care afectează reputaţia profesională a acestuia, cum ar fi încălcări ale regulilor de concurenţă de tip cartel care vizează trucarea licitaţiilor sau încălcări ale drepturilor de proprietate intelectuală, săvârşită cu intenţie sau din culpă gravă.

(4) Dispoziţiile alin. (1) lit. c) sunt aplicabile şi în situaţia în care operatorul economic sau una dintre persoanele prevăzute la art. 164 alin. (2) este supusă unei proceduri judiciare de investigaţie în legătură cu săvârşirea uneia/unora dintre faptele prevăzute la art. 164 alin. (1).

Consiliul apreciază că în speță sunt aplicabile dispozițiile mai sus evocate, autoritatea contractantă fiind în posesia unei hotărâri judecătorești. Spre deosebire de vechea legislație, unde la art. 181 lit. d) din O.U.G. nr. 34/2006 se stipula că:

„Autoritatea contractantă are dreptul de a exclude dintr-o procedură pentru atribuirea contractului de achiziţie publică orice ofertant/candidat care se află în oricare dintre următoarele situaţii:

*d) a fost condamnat, în ultimii trei ani, prin hotărârea **definitivă** a unei instanţe judecătoreşti, pentru o faptă care a adus atingere eticii profesionale sau pentru comiterea unei greşeli în materie profesională”,*

în actuala legislație nu mai există mențiunea privind rămânerea definitivă a unei hotărâri.

Totodată, conform art. 169 din Legea nr. 98/2016:

”Autoritatea contractantă exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire în care ia la cunoştinţă că operatorul economic se află, având în vedere acţiunile sau inacţiunile săvârşite înainte sau în cursul procedurii, în una dintre situaţiile prevăzute la art. 164, 165 şi 167, de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire”.

Dispoziţiile enunţate mai sus nu impun ca lipsa de integritate a operatorului economic să fie dovedită prin prezentarea unei hotărâri judecătoreşti definitive, ci doar ca integritatea acestuia să fie pusă în discuţie, deci să existe indicii că pot fi dubii cu privire la aceasta.

În Hotărârea nr. ……. pronunţată pe data de 8 iulie 2016 de Judecătoria ..... în dosarul nr. ……. se precizează:

Tip soluţie: <u>Condamnare</u>

Soluţia pe scurt: Respinge cererile inculpaţilor Solcan Gheorghe şi S.C. ..... S.R.L. ..... de schimbare a încadrării juridice a faptei din infracţiunea de fals material în înscrisuri oficiale, prev. de art. 320 alin. 1 Cod penal, în infracţiunea de fals în înscrisuri sub semnătură privată, prev. de art. 322 Cod penal. În temeiul art. 83 Cod penal stabileşte în sarcina inculpatului Solcan Gheorghe, următoarele pedepse: - 6 luni închisoare sub aspectul săvârşirii infracţiunii de fals material în înscrisuri oficiale, prev. de art. 320 alin. 1 Cod penal, cu aplicarea art. 5 Cod penal; - 6 luni închisoare sub aspectul săvârşirii infracţiunii de uz de fals, prev. de art. 323 Cod penal, cu aplicarea art. 5 Cod penal. În temeiul, art. 38 alin. 1, art. 39 alin. 1 lit. b Cod penal, stabileşte pedeapsa cea mai grea de 6 luni închisoare, sporită la 8 (opt) luni închisoare. În temeiul art. 83 alin. 1 Cod penal, amână aplicarea pedepsei pe un termen de supraveghere de 2 ani stabilit în condiţiile art. 84 Cod penal. În temeiul art. 85 alin. 1 Cod penal, pe durata termenului de supraveghere, inculpaţii trebuie să respecte următoarele măsuri de supraveghere: a) să se prezinte la Serviciul de Probaţiune ....., la datele fixate de acesta; b) să primească vizitele consilierului de probaţiune desemnat cu supravegherea lor; c) să anunţe, în prealabil, schimbarea locuinţei şi orice deplasare care depăşeşte 5 zile, precum şi întoarcerea; d) să comunice schimbarea locului de muncă; e) să comunice informaţii şi documente de natură a permite controlul mijloacelor lor de existenţă. în temeiul art. 86 alin. 1 Cod penal, pe durata termenului de supraveghere, datele prevăzute în art. 85 alin. 1 lit. c - e se comunică Serviciului de Probaţiune ..... Atrage atenţia inculpatului asupra disp. art. 88 alin. 1 şi 3 Cod penal, care reglementează revocarea acestui beneficiu în cazul nerespectării măsurilor de supraveghere şi al săvârşirii de noi infracţiuni în cursul termenului de supraveghere, consecinţa fiind aplicarea şi executarea pedepsei. Condamnă pe inculpata persoană juridică S.C. ..... S.R.L. ....., reprezentată în cauză de către Cojocaru Monica, consilier

juridic în cadrul acestei societăţi, pentru săvârşirea infracţiunii de: - fals material în înscrisuri oficiale, prev. şi ped. de art. 288 alin. 1 Cod penal din 1969(prin schimbarea încadrării juridice din infracţiunea de fals material în înscrisuri oficiale, prev. şi ped. de art. 320 alin. 1 Cod penal), cu aplicarea art. 5 Cod penal, cu referire la art. 711 Cod penal din 1969, la pedeapsa de 10.000 iei amendă; - uz de fals, prev. şi ped. de art. 291 teza I Cod penal din 1969(prin schimbarea încadrării juridice din infracţiunea de uz de fals, prev. şi ped. de art. 323 Cod penai), cu aplicarea art. 5 Cod penal, cu referire la art. 711 Cod penal din 1969, la pedeapsa de 10.000 iei amendă. În temeiul art. 33 lit. a, art. 34 alin. 1 lit. c Cod penal din 1969 aplică inculpatei pedeapsa cea mai grea de 10.000 (zece mii) lei amendă. În temeiul art. 716 Cod penal din 1969 rap. la art. 53 pct. 2 lit. a Cod penal din 1969 aplică inculpatei pedeapsa complementară a interzicerii de a participa, direct sau indirect, la procedurile de achiziţii publice pe o perioadă de 1 an. Dispune anularea înscrisurilor false de la filele 114 -119 dosar U.P, voi. 1, 124 - 130 şi 114 - 120 dosar U.P., vol. al II-lea. În temeiul art. 274 alin. 1 şi 2 Cod procedură penală, obligă inculpaţii să plătească statului suma de câte 230 lei fiecare, cu titlu de cheltuieli judiciare. Cu drept de apel în termen de 10 zile de la comunicare. Pronunţată în şedinţă publică din 08 iulie 2016. Document: Hotărâre 1109/2016 08.07.2016.

Având în vedere motivul invocat de autoritatea contractantă, Consiliul urmează a se raporta, în soluționarea prezentei cauze, la legislația aplicabilă în domeniul achizițiilor publice.

Verificând dosarul cauzei, Consiliul constată că prevederile art. 171 alin. 5, invocate de contestator în apărarea sa, respectiv:

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

b) dacă, în cazul situaţiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariţiei situaţiei, săvârşirii faptei sau producerii evenimentului relevant,

nu sunt aplicabile la acest moment, deoarece nu s-a dat o hotărâre definitivă.

Legiuitorul a avut în vedere situaţia în care, prin hotărâre judecătorească rămasă definitivă, operatorului economic nu i-a fost aplicată măsura interdicţiei de a participa la proceduri de achiziţie publică.

În speţă, operatorului economic i-a fost aplicată această sancţiune, însă hotărârea judecătorească nu este definitivă, deci nu sunt date condiţiile de neaplicare a situaţiilor de excludere, aşa cum invocă contestatorul, întrucât premisa din textul de lege are în vedere situaţia în care operatorului economic prin hotărâre nu i-a fost aplicată această

măsură şi nu situaţia în care acestuia i-a fost aplicată măsura, dar hotărârea nu este încă definitivă.

Măsura de excludere, adoptată de către autoritatea contractantă, nu a fost motivată de faptul că prima instanţă a dispus, împotriva societăţii ..... S.R.L., sancţiunea complementară de interzicere de a participa direct sau indirect la procedurile de achiziţie publică pe o perioadă de 1 an, ci prin demonstrarea, prin mijloace de probă adecvate, a faptului că ofertantul în cauză a comis abateri profesionale grave care i-au pus în discuţie integritatea, constând în falsul material în înscrisuri oficiale şi uz de fals, în cadrul unei alte proceduri de achiziţie publică organizată de Ministerul Justiţiei.

Contrar celor susţinute de contestator, pentru ca autoritatea contractantă să poată exclude, din procedura de achiziţie publică, un operator economic, despre care a luat la cunoştinţă că a comis abateri profesionale grave, de natura celor care îi afectează reputaţia profesională şi, prin urmare, îi pun în discuţie integritatea, nu se impunea pronunţarea de către instanţa de judecată a unei hotărâri definitive, prin care să fi fost dispusă măsura interdicţiei de a participa la proceduri de achiziţie publică, pentru o anumită perioadă. Demonstrarea săvârşirii unor abateri profesionale grave de către ofertant, de natura celor care duc la excluderea acestuia din procedură, putea fi facută prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi o decizie a unei instanţe, chiar şi una împotriva căreia s-a exercitat calea de atac a apelului, excluderea din procedură nefiind condiţionată de existenţa unei hotărâri definitive a instanţei de judecată.

Față de cele prezentate anterior, precum și de natura faptelor imputate, Consiliul apreciază că sunt incidente dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere prevederile legale mai sus reiterate, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă a procedat în mod corect la excluderea ofertei contestatoarei, în condițiile în care împotriva persoanei juridice SC ..... SRL s-a dat o decizie de condamnare pentru fals material și uz de fals.

Luând în considerare aspectele de fapt şi de drept mai sus prezentate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul respinge, ca nefondată, contestaţia formulată de SC ..... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..... Pe cale de consecință, admite cererea de intervenție formulată de S.C. ..... S.R.L.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legeanr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şifuncţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge ca nefondată contestaţia formulată de către S.C ..... S.R.L în contradictoriu cu ..... Admite cererea de intervenție formulată de S.C. ..... S.R.L. Respinge excepția autorității de lucru judecat, invocată de intervenient.

Împotriva prezentei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 alin. 1 din Legea nr. 101/2016.

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

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

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

Redactat în …… exemplare, conţine …….. pagini.