

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. 2737/C3/2928
Data: 10.12.2021

Prin contestația nr. 1817/10.11.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 58840/10.11.2021, înaintată de SRL, în calitate de lider al asocierii SRL - SRL - SRL, cu sediul în sat Sălcioara, ..., județul, înmatriculată în registrul comerțului cu nr., având CUI, reprezentată legal de, administrator și de SRL, în calitate de membru al aceleiași asocieri, cu sediul în sat Sălcioara, ..., județul, înmatriculată în registrul comerțului cu nr. J37/99/1998, având CUI 10400632, reprezentată legal de, ambele cu sediul procesual ales pentru comunicarea actelor de procedură la reprezentantul convențional, situat în, formulată împotriva rezultatului procedurii, licitație deschisă, organizată de autoritatea contractantă, cu sediul în, ..., județul, în vederea atribuirii unui contract având ca obiect Proiectare și execuție lucrări la obiectivul de investiție: Modernizare prin asfaltare străzi principale și secundare, ..., județul, inițiată cu anunțul de participare nr. CN1033425 din 02.08.2021, s-a solicitat anularea adresei nr. 7525/03.11.2021 privind rezultatul procedurii de atribuire și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei asocierii SRL - SRL - SRL.

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

Prin contestația nr. 1817/10.11.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 58840/10.11.2021, ... SRL și SRL, primul, în calitate de lider, și secundul, în calitate de membru al asocierii SRL - SRL - SRL, atacă decizia autorității contractante de a le respinge, ca inacceptabilă, oferta depusă în comun, decizie ce le-a fost comunicată prin adresa nr. 7525/03.11.2021, considerată nelegală.

Potrivit comunicării privind rezultatul procedurii, adresată asocierii contestatoare: *Prin prezenta vă informăm că în urma evaluării ofertelor depuse la procedura mai sus menționată, în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016 oferta depusă de Asocierea SC SRL - SC SRL - SC SRL a fost respinsă ca inacceptabilă în baza prevederilor art. 137 alin. (2) lit. b) din HG. 395/2016 actualizată.*

Mai specific, oferta prezentată de Asocierea SC SRL - SC SRL - SC SRL, reprezentată de dumneavoastră, a fost respinsă ca inacceptabilă având în vedere următoarele motive:

În urma clarificărilor solicitate SRL a depus cazierul judiciar din care rezultă condamnarea acesteia la pedeapsa amenzii penale pentru fapte ce se încadrează în art. 164 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 care prevede că: "Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic cu privire la care a stabilit în urma analizei informațiilor și documentelor prezentate de acesta, sau a luat cunoștință în orice alt mod că a fost condamnat prin hotărâre definitivă a unei instanțe judecătorești, pentru comiterea uneia dintre următoarele infracțiuni (...) c) infracțiuni împotriva intereselor financiare ale Uniunii Europene, prevăzute de art. 18¹ - 18⁵ din Legea nr. 78/2000, cu modificările și completările ulterioare, sau de dispozițiile corespunzătoare ale legislației penale a statului în care respectivul operator economic a fost condamnat.

Nu are nici un fel de influență faptul că pedeapsa complementară stabilită prin aceeași sentință penală se referă la restrângere unui drept particularizat (încheierea de contracte cu Primăria) din moment ce legea specială prevede, cu caracter obligatoriu excluderea din licitație a agenților economici ce se fac vinovați de fapte ce se încadrează în art. 164. alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

Atât timp cât fapta este înscrisă în cazierul judiciar al agentului economic, sunt aplicabile textele speciale invocate mai sus. Acest aspect face trimitere la prevederile art. 134 din Codul Penal."

Învederează contestatorul că, prin DUAE al asociatului SRL, autoritatea contractantă a fost informată cu privire la existența unei condamnări penale definitive pentru faptele enunțate în cuprinsul art. 164 lit. c) din Legea nr. 98/2016 în ceea ce privește acest operator economic.

Astfel, în Partea a III-a a DUAE, dedicată motivelor de excludere, la secțiunea „Motive referitoare la condamnările penale”, s-a completat cu „DA” la rubrica „Fraudă - Operatorul economic însuși sau orice persoană care este membru al organismului de administrare, de conducere sau de supraveghere al acestuia sau care are putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia a făcut obiectul unei condamnări pentru fraudă pronunțate printr-o hotărâre definitivă, printr-o condamnare

pronunțată cu cel mult cinci ani în urmă sau în care continuă să se aplice o perioadă de excludere prevăzută în mod direct (art. 1 din Convenția privind protejarea intereselor financiare ale Comunităților Europene)".

Prin adresa nr. 6339/15.09.2021, emisă de, la pct. 4, s-a solicitat asocierii ofertante următoarea clarificare: „Având în vedere mențiunile din DUAЕ-ul depus de SC SRL, la Partea III: Motive de excludere. Secțiunea A: Motive referitoare la condamnările penale, Punctul: Fraudă, vă rugăm să prezentați o cerere de lămuriri cu privire la interdicția stabilită de instanța de judecată."

Prin răspunsul nr. 1464/16.09.2021, contestatorul au adus o serie de lămuriri cu privire la interdicția stabilită de instanța de judecată. În răspunsul său a arătat, în primul rând că, prin sentința penală nr. 92/27.06.2018 a Tribunalului, ... SRL a fost condamnată pentru infracțiunea de participație improprie la infracțiunea de folosire sau prezentare cu rea credință de documente ori declarații false, inexacte sau incomplete, dacă faptele au ca rezultat obținerea pe nedrept de fonduri din bugetul general al Uniunii Europene sau din bugetele administrate de aceasta ori în numele ei, prevăzută de art. 181 alin. (1) din Legea nr. 78/2000. Pedeapsa aplicată a fost cea a amenzii penale în cuantum de 20.000 lei și pedeapsa complementară a suspendării dreptului de a mai încheia noi contracte de reabilitare și modernizare drumuri cu Consiliul Județean sau Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, pe o durată de 6 luni.

Soluția de condamnare a fost menținută prin Decizia nr. 388/06.06.2020, pronunțată de Curtea de Apel Iași, definitivă, fiind majorată pedeapsa amenzii penale aplicate la suma de 100.000 lei. Sub aspectul laturii civile a cauzei, s-au acordat despăgubiri civile Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice în cuantum de 661.493,64 lei.

Raportându-se la cele menționate mai sus, contestatorul apreciază că interdicția dispusă de instanță privește numai procedurile de achiziții publice organizate de părțile civile din procesul penal, respectiv Consiliul Județean și Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, nicidecum procedurile inițiate de autoritatea contractantă

Precizează contestatorul că a învederat autorității contractante faptul că societatea SRL se bucură de credibilitatea necesară pentru a lua parte la procedură. Instanțele penale nu au considerat că ar exista o afectare a credibilității societății atât de gravă încât să dispună pedeapsa complementară a interzicerii participării la orice procedură de achiziție publică, iar durata interdicției dispusă în concret a fost de doar 6 luni. În plus, faptele pentru care s-a dispus condamnarea au fost săvârșite de fostul director tehnic, cu care societatea și-a încetat raporturile contractuale încă din 04.10.2013.

Faptele ilicite datează din anul 2010, iar de atunci societatea a încheiat și executat aproximativ 70 de contracte de achiziție publică, fără a fi imputate alte nereguli în executarea obligațiilor contractuale.

Totodată, subliniază contestatorul că SRL face parte din categoria contribuabililor mijlocii, la nivelul societății realizându-se anual un audit al situațiilor financiare de către un auditor independent, pentru verificarea respectării dispozițiilor legale.

Nu în ultimul rând, precizează contestatorul că a învederat autorității contractante că SRL a executat pedeapsa cu amenda penală și a achitat în întregime despăgubirile civile la care a fost obligată față de Consiliul Județean și Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice.

În susținerea răspunsului la solicitarea de clarificare, contestatorul a anexat Decizia nr. 388/06.06.2020 a Curții de Apel Iași de desfacere a contractului individual de muncă în ceea ce îl privește pe autorul faptelor, raport al auditorului financiar, dovada plății amenzii penale și a despăgubirilor civile stabilite de instanța penală.

Prin cea de a treia solicitare de clarificare, cu nr. 6569/23.09.2021, autoritatea contractantă a arătat: „Vă rugăm să ne transmiteți cazierul judiciar al societății SRL și al membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic sau al celor ce au putere de reprezentare de decizie sau de control în cadrul acestuia, așa cum rezultă din certificatul constatator emis de ONRC/actul constitutiv.”

Contestatorul a transmis răspunsul nr. 1533/24.09.2021, prin care a înaintat următoarele documente: certificat constatator ONRC, certificat de cazier judiciar al SRL, certificat de cazier judiciar al administratorului Savin Simona Ionela (fără mențiuni înscrise în cazierul judiciar), certificat de cazier judiciar al asociatei Popica Stela Mirabela (fără mențiuni înscrise în cazierul judiciar).

În opinia contestatorului, aceste documente confirmă informațiile din DUAЕ, respectiv din răspunsul la solicitarea de clarificare anterioară, iar singura condamnare penală cu potențială relevanță, în virtutea art. 164 din Legea nr. 98/2016, fiind cea dispusă prin Decizia nr. 388/06.06.2020 a Curții de Apel Iași împotriva SRL.

Precizează contestatorul că rezultatul procedurii i-a fost transmis exclusiv prin e-mail și că nu a existat o notificare cu privire la acesta prin intermediul SEAP. De asemenea, până la data formulării contestației, în SEAP nu a fost publicat raportul procedurii de atribuire.

Apreciază contestatorul că nu există vreo interdicție de a participa la procedură. Pedeapsa complementară a fost executată înainte de publicarea anunțului de participare din prezenta procedură, deoarece executarea pedepsei interzicerii exercitării unor drepturi începe de la rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare la pedeapsa amenzii.

Or, în speță, hotărârea de condamnare a rămas definitivă încă din data de 06.06.2020, iar pedeapsa complementară a fost dispusă pentru o perioadă de doar 6 luni. Apoi, interdicția a fost una strict limitată la părțile civile Consiliul Județean și Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice și, prin urmare, această pedeapsă complementară, în opinia contestatorului nu putea fundamenta interdicții sau incapacități pentru societatea SRL în cadrul prezentei proceduri de atribuire.

Contrar susținerilor autorității contractante din cuprinsul rezultatului procedurii, comunicat prin intermediul adresei nr. 7525/03.11.2021, existența unei condamnări penale pentru una din faptele prevăzute de art. 164 din Legea nr. 98/2016 nu constituie *de plano* un motiv de excludere obligatorie și automată din procedura de atribuire.

Criteriul de excludere bazat pe condamnarea prin hotărâre definitivă a ofertantului nu este unul absolut, modalitatea în care un operator economic aflat în una dintre situațiile prevăzute de art. 164 poate participa la o procedură de achiziție publică în calitate de ofertant, fiind cea prevăzută de art. 171 din Legea nr. 98/2016.

Potrivit alin. (1) al acestei norme, „Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și la art. 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-si demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.” Mai departe, alin. (4) al art. 171 prevede că dispozițiile nu sunt aplicabile pe toată perioada de excludere stabilită prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată, ceea ce nu este cazul în speță.

Totodată, alin. (5) al art. 171 stabilește că situațiile de excludere prevăzute la art. 164 nu se aplică dacă a expirat o perioadă de 5 ani de la data hotărârii definitive de condamnare, ceea ce, de asemenea, nu survine în speță.

În cazul de față, prin DUAE depus de SRL, a învederat autorității contractante că, în pofida existenței unei condamnări pentru fapta prevăzută la art. 164 lit. c) din Legea nr. 98/2016, operatorul economic a luat măsuri pentru a-și demonstra fiabilitatea.

Atunci când s-au solicitat „lămuriri cu privire la interdicția stabilită de instanța de judecată”, contestatorul susține că nu s-au mărginit să arate inaplicabilitatea pedepsei complementare, ci a arătat cu dovezi fiabilitatea și credibilitatea operatorului economic SRL.

Consideră contestatorul că, în speță, existau premisele aplicabilității art. 171 din Legea nr. 98/2016, dispoziție care instituie excepții de la situațiile de excludere prevăzute la art. 164 din același act normativ.

În opinia contestatorului, autoritatea contractantă avea obligația legală de a lua în considerare dovezile și precizările făcute de SRL, astfel cum rezultă din art. 171 alin. (3¹), care stabilește că: „Autoritatea contractantă evaluează măsurile luate de operatorii

economici și dovedite în conformitate cu prevederile alin. (3), ținând seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale infracțiunii sau abaterii avute în vedere", dar și obligația de a verifica, în mod concret, circumstanțele și documentele depuse în justificare de către candidați și nu poate respinge *a priori* oferta, în lipsa acestei analize.

Cu toate acestea, în cazul de față, autoritatea contractantă a respins oferta asocierii contestatoare, pentru simplul motiv că fapta este înscrisă în cazierul judiciar al operatorului economic SRL, fără a mai proceda la o evaluare în concret a credibilității sale.

În acest sens, este invocată practica judiciară în materie și jurisprudența CJUE.

Raportându-se la jurisprudență, contestatorul apreciază că existența unei condamnări penale nu atrage automat excluderea de la procedura de atribuire, sub condiția ca ofertantul în cauză să declare existența condamnării în cadrul formularului DUAЕ și să furnizeze dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

Or, în speță, apreciază contestatorul, ... SRL a informat cu bună-credință și loialitate autoritatea contractantă despre existența hotărârii judecătorești de condamnare prin DUAЕ, precizând și că a luat măsuri pentru asigurarea fiabilității sale.

Cum în speță nu a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică și nu a expirat o perioadă de 5 ani de la data hotărârii definitive de condamnare, în opinia contestatorului, autoritatea contractantă ar fi trebuit să verifice în concret dacă nu este aplicabil art. 171 din Legea nr. 98/2016.

Or, solicitările de clarificare din partea autorității contractante au fost pur formale, fiind limitate la o presupusă interdicție de participare dispusă de instanța penală, respectiv la cererea de a depune cazierul judiciar. Autoritatea contractantă a procedat contrar normelor legale atunci când a ignorat dovezile privind măsurile concrete pe care le-au luat, pentru a-și demonstra fiabilitatea. În acest sens contestatorul invocă practica Consiliului. SRL a făcut dovada credibilității sale, probând repararea în întregime a prejudiciului, constând în despăgubirile acordate părților civile de instanța penală.

Totodată, astfel cum rezultă din Decizia nr. 388/06.06.2020 a Curții de Apel Iași, faptele pentru care a survenit condamnarea societății constau în aceea că reprezentantul său, Plăcintă Adrian, având funcția de director tehnic, a depus în numele SRL înscrisuri false. Or, colaborarea societății cu această persoană a încetat încă din anul 2013. De la data săvârșirii faptelor și până în prezent, societății i-au fost atribuite un număr de aproximativ 70 de contracte de achiziție publică, pe care le-a executat fără să îi fie imputate alte nereguli.

Mai precizează contestatorul că SRL a implementat un audit intern, care asigură legalitatea și corectitudinea documentelor financiare.

În plus, ... SRL este un simplu membru al asocierii, cu o cotă de numai 3,75% din lucrările care urmau să fie atribuite. Dată fiind cota de participare extrem de redusă a SRL, autoritatea contractantă ar fi trebuit să constate că acest operator a furnizat dovezi suficiente pentru a-și demonstra credibilitatea și că nu este proporțională excluderea întregii asocieri ofertante. Principiul proporționalității, care stă la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, conform art. 2 din Legea nr. 98/2016, presupune că autoritatea contractantă trebuie să asigure participanților la procedură anumite garanții de echitate, fapt pentru care acțiunile sale nu pot fi discreționare.

În plus, art. 215 din Legea nr. 98/2016 impune autorității contractante să informeze fiecare ofertant cu privire la deciziile luate în ceea ce privește rezultatul selecției, inclusiv cu privire la motivele care stau la baza oricărei decizii de a nu atribui un contract. Motivarea rezultatului procedurii este esențială pentru o protecție adecvată împotriva arbitrariului.

Nu în ultimul rând, contestatorul învederează că autoritatea contractantă a procedat, în pofida obligației legale de a solicita clarificări și contrar principiului proporționalității, la respingerea ofertei ca inacceptabilă, fără a lua în considerare măsurile luate și dovezile depuse de SRL pentru asigurarea credibilității. nu a transmis o expunere a motivelor pentru care a apreciat că, în pofida dovezilor care i-au fost înaintate și a circumstanțelor concrete în care a fost săvârșită infracțiunea, fiabilitatea asocierii este pusă sub semnul îndoielii.

În drept, contestația este întemeiată pe dispozițiile art. 164 și ale art. 171 din Legea nr. 98/2016, precum și pe toate normele legale invocate în contestație.

Prin adresa nr. 7867/18.11.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 60503/18.11.2021, autoritatea contractantă a transmis un punct de vedere, prin care solicită respingerea contestației, ca neîntemeiată, și dispunerea continuării procedurii.

Prin punctul de vedere, autoritatea contractantă arată că, în cadrul DUAЕ-ului depus de SRL, la Partea III: Motive de excludere, Secțiunea A: Motive referitoare la condamnările penale, Punctul: Frauda, a completat „DA. a) Data: 06/06/2020 Motivul: Infracțiunea de participare improprie la infracțiunea de folosire sau prezentare cu rea-credință de documente ori declarații false, inexacte sau incomplete, dacă faptele au ca rezultat obținerea pe nedrept de fonduri din bugetul general al Uniunii Europene sau din bugetele administrate de aceasta ori în numele ei, prevăzută de art. 181 alin. (1) din Legea nr. 78/2000 b) Nume condamnat: SC SRL c) Durata perioadei de excludere: A fost stabilită direct pedeapsa de excludere pe o perioadă de 6 luni, la

procedurile de licitație organizate doar de CONSILIUL JUDEȚEAN
d) DA: S-au plătit despăgubirile stabilite de instanță și s-au luat măsuri organizatorice pentru a preîntâmpina repetarea faptei de personalul unității."

Având în vedere această constatare, autoritatea contractantă a transmis adresa nr. 6339/15.09.2021, prin care a solicitat lămuriri cu privire la interdicția stabilită de instanța de judecată. Prin adresa nr. 1464/16.09.2021, ... SRL a transmis lămuriri cu privire la interdicția stabilită de instanța de judecată.

În baza răspunsului primit, autoritatea contractantă a transmis o nouă solicitare de clarificări nr. 6569/23.09.2021, prin care a cerut asocierii ofertante să depună cazierul judiciar al societății SRL și al membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic, sau a celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia, așa cum rezultă din certificatul constatator emis de ONRC și din actul constitutiv.

Prin adresa nr. 1533/24.09.2021, ... SRL a transmis documentele solicitate.

În certificatul de cazier judiciar nr. 27593136/10.05.2021, al SRL, apare mențiunea: *Solicitantă este înscrisă în cazierul judiciar cu următoarele date: „Condamnă la 60.000 lei amendă pentru săvârșirea faptei prev. de art. 178 alin. (1) CP, art. 178 alin. (2) CP, art. 5 NCP. Achitat amendă conf. ordin de plată 1080 22-11-2017, dispusă prin S.P. nr. 59/2017 din 28/02/2017, nr. dosar 346/189/2015, Judecătoria Bârlad def. prin D.P. 750 la 13/10/2017 Secția Penală și pentru Cauze cu Minori. Condamnă la 100.000 lei amendă pentru săvârșirea faptei prev. de art. 18¹ alin. (1) Lg. 78/2000, art. 41 alin. (2) CP, art. 5 alin. (1) NCP și interdicția drepturilor prev. de art. 71 ind. (3) alin. (1) CP pe o perioadă de 6 luni, dispusă prin SP nr. 92 din 27/06/2018, nr. dosar 1593/89/2016 în certificatul constatator nr. 591042 din 16.08.2021, la "Fapte aflate sub incidența art. 21, lit. e-h) din L. 26/1990" apare dosar penal - trimitere în judecată: Adresa nr. 92/P/2011 din data 08.08.2016 emis de DNA Serviciul Teritorial Iași, dosar 92/P/2011 și condamnare penală a firmei: Decizie Penală nr. 750 din data 13.10.2017 emis de Curtea de Apel Iași, dosar 346/189/2015."*

Precizează autoritatea contractantă că solicitările de clarificări s-au transmis cu luarea în considerare a prevederilor art. 209 din Legea nr. 98/2016 și ale art. 134 alin. (1) - (4) din HG nr. 395/2016 și că a dorit să cunoască absolut toate informațiile cu privire la cele declarate în DUAЕ de SRL, astfel încât procesul de evaluare să fie unul corect.

Referitor la criticile privind comunicarea rezultatului procedurii (adresa nr. 7525/03.11.2021), autoritatea contractantă precizează că a respectat prevederile art. 64 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016. Motivele prin care oferta asocierii a fost respinsă, ca inacceptabilă, au

fost redactate în conformitate cu dispozițiile art. 215 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016.

Oferta prezentată de asocierea SRL - SRL - SRL a fost respinsă, ca inacceptabilă, având în vedere următoarele motive: SRL a depus cazierul judiciar din care rezultă condamnarea acesteia la pedeapsa amenzii penale pentru fapte ce se încadrează la art. 164, alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 care prevede: *(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic cu privire la care a stabilit, în urma analizei informațiilor și documentelor prezentate de acesta, sau a luat cunoștință în orice alt mod că a fost condamnat prin hotărâre definitivă a unei instanțe judecătorești, pentru comiterea uneia dintre următoarele infracțiuni: c) infracțiuni împotriva intereselor financiare ale Uniunii Europene, prevăzute de art. 18¹ - 18⁵ din Legea nr. 78/2000, cu modificările și completările ulterioare, sau de dispozițiile corespunzătoare ale legislației penale a statului în care respectivul operator economic a fost condamnat.*

În opinia autorității contractante, nu are nici un fel de influență faptul că pedeapsa complementară stabilită, prin aceeași sentință penală, se referă la restrângerea unui drept particularizat (încheierea de contracte cu Primăria), din moment ce legea specială prevede, cu caracter obligatoriu, excluderea din licitație a agenților economici ce se fac vinovați de fapte ce se încadrează în prevederile art. 164 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

Atât timp cât fapta este înscrisă în cazierul judiciar al agentului economic, sunt aplicabile textele speciale invocate mai sus. Acest aspect face trimitere la prevederile art. 134 din Cod Penal.

Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică orice operator economic cu privire la care a stabilit, în urma analizei informațiilor și documentelor prezentate de acesta, sau a luat cunoștință în orice alt mod că a fost condamnat prin hotărâre definitivă a unei instanțe judecătorești, pentru comiterea uneia dintre infracțiunile prevăzute la art. 164, art. 165 și la art. 167 din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 62497/02.12.2021, contestatorul au transmis concluzii scrise, prin care, cu titlu preliminar, invocă tardivitatea punctului de vedere și a completării acestuia.

În susținerea acestei excepții contestatorul învederează că autoritatea contractantă a depus punctul de vedere în 18.11.2021, înregistrat la CNSC sub nr. 60503, și completarea la punctul de vedere înregistrată sub nr. 60950/22.11.2021.

În cuprinsul completării la punctul de vedere, ... arată că „prezenta contestație a fost înregistrată la sediul autorității contractante

cu numărul 7677 din 10.11.2021 și a fost publicată în SEAP în data de 12.11.2021."

Conform art. 18 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, „în termen de 5 zile de la data la care a primit contestația, autoritatea contractantă are obligația de a transmite Consiliului și contestatorului, din oficiu, punctul său de vedere asupra contestației." Alin. (3) al aceleiași norme stabilește că „Lipsa punctului de vedere nu împiedică soluționarea contestației, în măsura în care s-a făcut dovada comunicării acesteia către autoritatea contractantă. Lipsa punctului de vedere al autorității contractante atrage decăderea ei din dreptul de a mai propune probe și de a invoca excepții, în afara celor de ordine publică, dacă legea nu prevede altfel."

Ca atare, rezultă că legiuitorul a impus autorității contractante să formuleze un punct de vedere într-un termen imperativ, de 5 zile de la data când a primit contestația. În speță, autoritatea contractantă a arătat că a primit contestația în data de 10.11.2021, de unde rezultă, în opinia contestatorului că termenul pentru depunerea unui punct de vedere s-a împlinit la data de 15.11.2021. Astfel, autoritatea contractantă este decăzută din dreptul de a mai propune probe sau de a invoca excepții.

În plus, nu poate la acest moment să supună soluționării susțineri noi, care nu rezultă din cuprinsul contestației sau din dosarul achiziției.

Aceasta derivă nu doar din depășirea termenului legal pentru depunerea punctului de vedere, ci și din exigențele art. 21 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, care conferă părților dreptul de a depune concluzii scrise, cu condiția ca să nu fie afectat termenul legal de soluționare a contestației.

Pentru toate aceste motive, contestatorul solicită Consiliului să nu ia în seamă susținerile autorității contractante care exced aspectelor direct rezultate din dosarul achiziției, aceste susțineri fiind deduse printr-un punct de vedere tardiv.

În opinia contestatorului, luarea în considerare a susținerilor ce exced cadrului contestației și a probelor cu înscrisurile depuse ar constitui o gravă încălcare a contradictorialității și a dreptului la apărare.

Prin concluziile scrise, contestatorul reiterează motivele dezvoltate în contestație și solicită Consiliului să constate irelevanța susținerilor autorității contractante, dar și faptul că asocierea pe care o reprezintă și-a îndeplinit obligațiile legale de informare care îi reveneau în calitate de ofertant.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..... a inițiat, la 02.08.2021, o procedură de licitație deschisă în vederea atribuirii unui contract având ca obiect Proiectare și execuție lucrări la obiectivul de investiție: Modernizare prin asfaltare străzi

principale și secundare, ..., Județul, prin publicarea anunțului de participare nr. CN1033425.

Considerând nelegală decizia autorității contractante de a le respinge oferta, ca inacceptabilă, asocieria SRL - SRL - SRL (ce i-a fost comunicată prin adresa nr. 7525/03.11.2021) a formulat contestația de față, solicitând anularea adresei nr. 7525/03.11.2021 privind rezultatul procedurii de atribuire și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei lor.

Preliminar analizei cauzei, Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, ... SRL a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207634757/1, în valoare de 705.040 lei, emisă de CEC Bank – Unitatea Bârlad, la data de 11.11.2021.

În ceea ce privește excepția tardivității punctului de vedere al autorității contractante, excepție invocată de contestator prin concluzii, Consiliul o va respinge, ca nefondată, întrucât documentul respectiv nu aduce argumente noi de respingere a ofertei asocierii respective, probe sau excepții, ci redă decizia comisiei de evaluare și informații din documentele prezentate de SRL.

Consiliul reține că părțile sunt în dispută asupra temeiniciei respingerii ofertei, cauzată de modalitatea de interpretare și de aplicare a prevederilor art. 164 din Legea nr. 98/2016, având în vedere că asociatul la ofertare SRL suferă o condamnare, rămasă definitivă prin Decizia nr. 388/06.06.2020, pronunțată de Curtea de Apel Iași, iar cazierul judiciar al operatorului economic, nr. 27593136/10.05.2021 are mențiuni în acest sens.

Comisia de evaluare a considerat că oferta contestatorului trebuie respinsă, în baza art. 164 din Legea nr. 98/2016, întrucât asociatul SRL a fost condamnat prin hotărâre definitivă a unei instanțe judecătorești.

În procesul de evaluare a ofertelor, asocierii contestatoare i s-au solicitat:

- în 15.09.2021, clarificări cu privire la interdicția stabilită de instanța de judecată;
- în 23.09.2021, cazierul judiciar a societății SRL și al membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic, sau a celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia.

Din documentele atașate la răspuns, Consiliul reține că instanța a dispus condamnarea societății SRL pentru faptele pe care le-a săvârșit, în 2010, prin intermediul unui fost director tehnic. De asemenea, prin Decizia nr. 388/06.06.2020, pronunțată de Curtea de Apel Iași, în temeiul art. 713 alin. (1) C. pen. 1968, s-a aplicat societății SRL exclusiv pedeapsa complementară a suspendării dreptului de a mai încheia noi contracte de reabilitare și modernizare drumuri doar cu părțile

civile Consiliul Județean și Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, pe o durată de 6 luni. Prin urmare, respectivei societăți nu i-a fost aplicată, de către instanță, măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune, care produce efecte în România, prevăzută la art. 171 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

În 2013, ... SRL a dispus desfacerea contractului de muncă a celui director. De asemenea, societatea a plătit amenda stabilită de instanță.

Așadar, cel puțin aceste trei acțiuni (întreruperea relațiilor de muncă ale directorului, plata amenzii și auditurile interne) pot fi considerate dovezi pertinente pentru demonstrarea credibilității SRL, fiind incidente, în evaluarea ofertei sale, dispozițiile art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016: (3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 le poate furniza autorității contractante, în sensul prevederilor alin. (1), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația, și la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite.

În niciunul dintre documentele întocmite de autoritatea contractantă (proces-verbal evaluare din 05.10.2021, adresă comunicare rezultat sau punct de vedere), nu se regăsește vreo opinie față de răspunsurile prezentate de SRL la solicitarea de lămuriri, aparținând comisiei de evaluare. Autoritatea contractantă nu a furnizat nicio justificare a neacceptării măsurilor pe care această societate le-a luat, nu a infirmat suficiența lor ori credibilitate ei, ci s-a mărginit la aplicarea strictă a art. 164 din Lege.

Or, respingerea prevăzută la acest articol nu este imediată/absolută. Legiuitorul, prin intermediul art. 171 din Lege, a nuanțat motivul de excludere, permițând operatorului economic să se apere împotriva unei eventuale decizii de eliminare directă din procedură. Potrivit alin. (1) al art. 171: Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta

sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

Însă, comisia de evaluare a considerat că înscrierea faptei în cazierul judiciar al agentului economic este o dovadă irefutabilă pentru respingerea ofertei asocierii. În fapt, deși a solicitat lămuriri ale situației, comisia de evaluare a ignorat obligația pe care o avea de a analiza dovezile prezentate de societate, conform alineatului 2 al aceluiași articol amintit: În cazul în care autoritatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire.

Autoritatea contractantă nu a prezentat vreun impediment, ori vreun motiv pentru care nu poate lua în considerare distanțarea completă și efectivă a societății de comportamentul infracțional al directorul tehnic. Comisiei de evaluare îi revenea sarcina aprecierii suficienței disocierii a operatorului economic de fostul angajat, dar și a celorlalte măsuri de organizare a activității.

Elocventă, în acest sens, este hotărârea CJUE, din 20 decembrie 2017, în cauza C-178/16:

39 În ceea ce privește, în plus, aspectul dacă o infracțiune a adus sau nu a adus atingere eticii profesionale a întreprinderii ofertante, trebuie să se constate că participarea administratorului unei societăți la emiterea de facturi false poate fi considerată o faptă care a adus atingere eticii profesionale. (...)

42 Întreprinderea ofertantă, care trebuie să îndeplinească aceste condiții, poate prezenta toate probele care, în opinia sa, demonstrează o astfel de disociere.

43 Dacă respectiva disociere nu poate fi demonstrată satisfăcător pentru autoritatea contractantă, consecința necesară este aplicarea cauzei de excludere.

Demne de luat în seamă sunt și Concluziile avocatului general, care au stat la baza hotărârii C-178/16:

59. În aceeași măsură, având în vedere libertatea de reglementare de care beneficiază statele membre, nu există niciun impediment ca, pentru a aprecia motivele facultative de excludere, dreptul național să ia în considerare lipsa de distanțare a întreprinderii de comportamentul infracțional al administratorului său, atunci când acesta „aduce atingere eticii profesionale”. Legiuitorul național și, după caz, instanța investită cu soluționarea litigiului au de asemenea sarcina de a aprecia care sunt indiciile și factorii relevanți pe care îi pot utiliza pentru a determina dacă a existat sau nu a existat distanțarea respectivă.

60. Printre acești factori se află cei la care face referire instanța de trimitere, și anume caracterul spontan al distanțării, gradul mai

mare sau mai mic de „reglementare a conduitelor care constituie cauze de nepedepsire”, momentul de referință și etapa procedurii în care trebuie să se realizeze această distanțare. Din nou, revine instanțelor naționale sarcina de a delimita domeniile de aplicare ale acestor elemente, care, în realitate, nu reprezintă decât „precizări” introduse de legiuitorul național pentru a defini conținutul motivelor facultative de excludere și al probelor pe baza cărora trebuie verificate(20).

61. În cadrul întrebării preliminare, Consiglio di Stato (Consiliul de Stat) subliniază că articolul 38 alineatul 1 litera c) din CCP, pe de o parte, „extinde” obligația de informare la hotărârile de condamnare, incluzând astfel situația în care acestea au fost pronunțate împotriva titularilor de funcții înalte în cadrul întreprinderilor ofertante, și, pe de altă parte, „prevede drept motiv corelativ de excludere” împrejurarea că „întreprinderea nu dovedește” că a existat o distanțare completă de conduita infracțională a acestor persoane.

În concluzie, pentru toate cele prezentate mai sus, Consiliul consideră că, în mod incorect, autoritatea contractantă a respins oferta asocierii contestatoare. Văzând că dovezile prezentate de SRL se încadrează printre cele prevăzute de legiuitor la art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, Consiliul va obliga autoritatea contractantă să le considere suficiente, conform alin. (2) al aceluiași articol.

Astfel, în baza art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația și va obliga autoritatea contractantă să anuleze procesul-verbal nr. 6844/05.10.2021, și actele subsecvente lui, în partea ce privește evaluarea ofertei asocierii SRL - SRL - SRL. Totodată, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea prezentei decizii, să reevalueze această ofertă, prin aprecierea ca fiind suficiente dovezile de credibilitate prezentate de SRL.

Referitor la susținerea contestatorului că, până la data formulării contestației, în SEAP, nu a fost publicat raportul procedurii de atribuire, Consiliul observă că asocierea ofertantă nu a fost vătămată, în vreun fel, de acest fapt, motivele de excludere fiindu-i cunoscute din cuprinsul adresei de comunicare a rezultatului procedurii, iar contestatorul nu a fost împiedicat să formuleze apărări pertinente.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepția tardivității punctului de vedere al autorității contractante, invocată de contestator.

Admite contestația formulată de SRL și SRL, în contradictoriu cu și obligă autoritatea contractantă să anuleze procesul-verbal nr. 6844/05.10.2021 și actele subsecvente lui, în partea ce privește evaluarea ofertei asocierii SRL - SRL - SRL. Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea prezentei decizii, să reevalueze această ofertă, prin aprecierea ca fiind suficiente dovezile de credibilitate prezentate de SRL.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....