



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, București, România, CIF 20329980, CP 030084

Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 +4 021 890 07 45 www.cnscl.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația înregistrată la CNSC sub nr. 10620/11.04.2016, înaintată de ..., cu sediul în ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată legal prin ..., în numele ..., formulată împotriva rezultatului procedurii de atribuire, comunicat prin adresa nr. 769/31.03.2016, emisă de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, cu fază finală de licitație electronică, organizată în vederea încheierii unui acord-cadru având ca obiect „...”, coduri CPV: 45233141-9; 45233222-1; 45235200-5; 45262300-4; 71322500-6, inițiată prin publicarea anunțului de participare nr. ..., s-a solicitat Consiliului:

- să dispună anularea deciziei autorității contractante, prin care a fost declarată inacceptabilă oferta sa;
- să dispună anularea deciziei autorității contractante, prin care a fost anulată procedura de atribuire;
- să dispună anularea în parte a raportului procedurii, în ceea ce privește declararea ca inacceptabilă a ofertei sale și, implicit, în ceea ce privește anularea procedurii de atribuire;
- să oblige autoritatea contractantă la continuarea procedurii, prin reevaluarea ofertei sale.

În baza legii și a documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR
cu majoritate de voturi,

DECIDE

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de ..., în numele ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ... și menține decizia de anulare procedurii de atribuire, dispusă de autoritatea contractantă.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

MOTIVARE

În luarea deciziei, s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația înregistrată la CNSC sub nr. 10620/11.04.2016, înaintată de ..., în numele ..., atacă rezultatul procedurii de atribuire, comunicat prin adresa nr. 769/31.03.2016, emisă de ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii mai sus amintite, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Contestatoarea precizează că, prin adresa nr. 769/31.03.2016, autoritatea contractantă i-a comunicat că oferta sa a fost declarată inacceptabilă, în conformitate cu art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006, deoarece nu îndeplinește criteriile de calificare și selecție referitoare la situația personală a ofertantului, reglementată de art. 181 lit. c¹) din OUG nr. 34/2006, informând-o totodată că, dat fiind faptul că nu au fost depuse oferte acceptabile și conforme, s-a dispus anularea procedurii de atribuire.

Contestatoarea apreciază că decizia autorității contractante este nelegală, deoarece, în opinia sa, niciunul dintre cei 3 membrii ai asocierii sale nu se regăsesc în ipoteza descrisă de art. 181 lit. c¹) din OUG nr. 34/2006.

Referitor la acest aspect, arată că autoritatea contractantă a avut în vedere următoarele:

- *Documentul constatator emis de ... și înregistrat cu nr. SI.683/10.04.2014, certificat care la această dată este pe deplin valabil și produce efecte juridice, acesta nefiind revocat, suspendat sau anulat, din care reiese că ... și-a îndeplinit defectuos sau nu și-a îndeplinit obligațiile contractuale asumate prin contractul nr. 57/C/ 06.02.2007;*

- *Certificatul constatator nr. 3367/11.02.2016, emis de Oficiul Național al Registrului Comerțului - Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul Harghita, din care reiese faptul că asociatul majoritar al ..., cu o cotă de participare la beneficii și pierderi de 99%, este ... și că asociat persoană fizică este doamna ..., cu o cotă de participare la beneficii și pierderi de 1%;*

- *În cadrul acordului de asociere încheiat între ... se menționează că ... este implicată în activitatea acordului-cadru ce urmează a fi atribuit cu un procent de 48% din obiectul acestuia, reprezentat de lucrări de C+M.*

Având în vedere cele menționate anterior, precum și faptul că ... are, în calitate de asociat majoritar, pe ... (societate ce și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale avute cu ... în contractul nr. 57/C/06.02.2007 s-a concluzionat că ... are o implicare directă în activitățile cu scop lucrativ și răspunde față de obligațiile angajate de ... în raporturile comerciale, implicit în activitatea contractuală ce face obiectul

prezentului acord-cadru, cu o repartizare fizică, valorică și procentuală de 48 %.

Față de cele expuse, contestatoarea susține că incidența dispozițiilor art. 181 din OUG nr. 34/2006 se verifică în persoana ofertantului și nu în persoanele juridice, asociați ai membrului ofertant.

Potrivit Fișei de date a achiziției, Cap. III.2.1.a) - Situația personală a candidatului sau ofertantului, Cerința nr. 1 lit c), membrii asocierii au depus formularul H3 din secțiunea formulare, arătând că nu se află în situația prevăzută de norma legală de mai sus. În opinia sa, din interpretarea dispozițiilor legale invocate anterior, rezultă că subiectul, la care se referă art. 181, este ofertantul, în cazul de față Asocieria formată din cei 3 membri: ...; ... neavând calitatea de ofertant.

Contestatoarea precizează că legislația actuală privind achizițiile publice nu conține nicio prevedere potrivit căreia dispozițiile articolului susmenționat pot fi extinse și situațiilor în care un **asociat persoană juridică a unui ofertant** și-ar fi încălcat obligațiile contractuale, motiv pentru care în lipsa unei mențiuni exprese din partea legiuitorului care să exprime explicit această posibilitate, o astfel de interpretare nu este legală, în baza principiului de drept „**Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus**”.

În speță, apreciază că declarația din formularul H3 pe care a depus-o, cu privire la respectarea condițiilor prevăzute de art. 181 din OUG nr. 34/2006, este legală, reală și completă în ceea ce privește informațiile prezentate, deoarece nu se află în niciuna din situațiile enumerate în cuprinsul acestui formular, precizând că, așa cum rezultă din SEAP secțiunea „Documente”, subsecțiunea „Documente constatatoare”, ... nu deține documente constatatoare negative/cu prejudicii.

În același context, invocă dispozițiile art. 7 din HG nr. 925/2006, susținând că **răspunzător pentru îndeplinirea contractului în parametrii optimi este ofertantul și nu asociatul acestuia.**

În subsidiar, consideră că excluderea ofertei sale, ca inacceptabilă, în temeiul unui document constatator care vizează un asociat al unui membru al Asocierii, document care, în opinia sa, a fost emis tardiv din motive neimputabile ..., echivalează cu o încălcare a principiului proporționalității prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. e) din OUG nr. 34/2006.

Contestatoarea opinează că dispozițiile legale prevăzute de art. 97¹ alin. (3) din HG nr. 925/2006 sunt clare, în sensul că termenul de emitere a documentului constatator este de 14 zile de la data întocmirii procesului-verbal de recepție la terminarea lucrărilor. Or, așa cum rezultă din documentul constatator, data ultimului proces-verbal de recepție la terminarea lucrărilor a fost 03.01.2013, astfel încât emiterea acestui document constatator în data de 10.04.2014 este tardivă.

În aceste condiții, consideră că a exclude oferta unei Asocieri ca inacceptabilă, în temeiul unui document constatator care vizează un asociat al unui membru al ofertantului, document emis în mod tardiv, echivalează cu o încălcare a principiului proporționalității prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. e) din OUG nr. 34/2006, arătând că încălcarea principiului anterior

enunțat este cu atât mai evidentă cu cât actul administrativ în cauză este atacat în condițiile legii, în fața instanțelor competente, iar efectele acestuia încetează în data de 10 aprilie 2016. În opinia sa, pretinsele încălcări ale obligațiilor contractuale, la care se referă documentul constatator, sunt mai vechi de 2 ani, fapt care exclude incidența în speță a dispozițiilor art. 181 alin. (1) lit. c¹) din OUG nr. 34/2006

Excluderea din procedură a ofertei contestatoarei s-a făcut în considerarea mențiunilor documentului constatator nr. SI.683 din 10.04.2014, emis de ... pe numele ..., în legătură cu executarea contractului de lucrări nr. 57/C/06.02.2007.

Contestatoarea susține că pretinsele încălcări ale obligațiilor contractuale reclamate prin acest document constatator sunt mult mai vechi de 2 ani (în raport cu data deschiderii ofertelor), acestea petrecându-se cu mult timp înainte de emiterea documentului constatator de către autoritatea contractantă.

Din considerente de oportunitate, lucrările au fost împărțite pe 3 tronsoane, acestea fiind recepționate după cum urmează:

- Tronsonul 1 - km 3.500 - km 2.400
 - ✓ Proces-verbal de punere în funcțiune nr. 9329/08.12.2008;
 - ✓ Proces-verbal de recepție la terminarea lucrărilor nr. 1566/02.02.2009 (recepție admisă, fără obiecțiuni);
 - ✓ Proces-verbal de recepție finală nr. 1069/23.02.2011 (recepție amânată până la remedierea defecțiunilor apărute),
- Tronsonul 2 - km 2.400 - km 0.900
 - ✓ Proces-verbal de punere în funcțiune nr. 8443/26.06.2009;
 - ✓ Proces-verbal de recepție la terminarea lucrărilor nr. 7096/19.11.2010;
 - ✓ Proces-verbal de recepție finală nr. 7/03.01.2013 (recepție amânată);
- Tronsonul 3 - km 0.900 – km 0
 - ✓ Proces-verbal de punere în funcțiune nr. 8889/09.07.2009;
 - ✓ Proces-verbal de recepție la terminarea lucrărilor nr. 7096/19.11.2010,
 - ✓ Proces-verbal de recepție finală nr. 7/03.01.2013 (recepție amânată).

După cum menționează documentul constatator, susține că așa-zisele „deficiențe” ale lucrărilor executate au fost consemnate încă din procesele verbale de recepție la terminarea lucrărilor (încheiate în cursul anului 2010) precum și în procesul-verbal de recepție finală încheiat în cursul anului 2013.

De asemenea, arată că, în cursul anului 2012, autoritatea contractantă a formulat în fața Judecătoriei Buftea o cerere de asigurare dovezi prin care a solicitat administrarea probei cu raportul de expertiză tehnică, urmând ca expertul desemnat să constate starea în care se afla lucrarea și să identifice cauzele care au determinat apariția deteriorărilor reclamate de parâtă, sens în care expertul a întocmit Raportul de expertiză tehnică completat cu răspunsurile acestuia la obiecțiunile formulate de

contestatoare. Acest demers arăta că autoritatea contractantă era la curent cu pretensele încălcări ale obligațiilor contractuale încă din cursul anului 2012. Acest aspect este confirmat și de faptul că, în data de 23.02.2012, autoritatea contractantă a transmis către ... și ... o notificare de punere în întârziere.

În opinia sa, chiar dacă documentul constatator este emis în data de 10.04.2014, acesta se referă la pretense încălcări ale obligațiilor contractuale care au avut loc cu mult timp înainte de data emiterii acestuia, sens în care nu se încadrează în perioada de referință de 2 ani la care se referă dispozițiile art. 181 din OUG nr. 34/2006. Prin urmare, și din acest considerent excluderea ofertei Asocierii din prezenta procedură este nelegală.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 11442/18.04.2016, ... a transmis punct de vedere cu privire la contestația înaintată de ..., în numele ..., prin care solicită Consiliului să dispună:

- respingerea contestației ca fiind netemeinică și nelegală;
- menținerea ca valabile a deciziilor sale cu privire la declararea ca inacceptabilă a ofertei contestatoarei și prin care a fost anulată procedura de atribuire;
- menținerea ca valabil a raportului procedurii;
- respingerea solicitării contestatoarei de a continua procedura de achiziție publică prin reevaluarea ofertei acesteia;
- reținerea garanției de bună conduită, în temeiul art. 271¹ alin (5).

Autoritatea contractantă precizează că, în cadrul procedurii de achiziție, au fost depuse două oferte, respectiv: ofertantul unic ... și ...

Fără a face referire la oferta depusă de către ... și față de susținerile ..., cu ocazia verificării de către comisia de evaluare a documentelor depuse de către aceasta din urmă, s-a constatat că oferta Asocierii este inacceptabilă, în temeiul art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006, motivul fiind dat de faptul că ofertantul nu îndeplinește criteriile de calificare și selecție referitoare la situația personală, reglementată de art. 181 lit. c¹) din OUG nr. 34/ 2006.

În susținerea acestei decizii, autoritatea contractantă a avut în vedere următoarele aspecte:

- *Unul dintre membrii Asocierii este ..., iar potrivit înțelegerii semnatarilor Acordului de asociere, în situația în care oferta comună ar fi fost declarată câștigătoare, acest operator economic urma a îndeplini 48% din repartitia fizică, valorică și procentuală a contractului de achiziție publică, reprezentând lucrări de C+M.*

- *Asociatul majoritar în cadrul ... este ..., cu o cotă de participare la beneficii și pierderi de 99%, cel de-al doilea asociat fiind o persoană fizică, Gabriela BLAJ, cu o cotă de participare la beneficii și pierderi de doar 1%.*

- *Între ... și ... s-au derulat raporturi contractuale pe baza procedurii de achiziție publică și cuprinse în contractul nr. 57/06.02.2007. Urmare a derulării acestui contract, autoritatea contractantă a emis un document*

constatator, înregistrat sub nr. SI 683/10.04.2014, din care reiese faptul că ... și-a îndeplinit defectuos sau nu și-a îndeplinit obligațiile asumate.

Față de modul în care a fost motivată contestația, autoritatea contractantă învederează Consiliului următoarele:

(1) Este adevărat că oferta comună a fost depusă de cei 3 operatori economici și că subiectul la care se referă art. 181 din OUG nr. 34/2006 este ofertantul, respectiv Asocierea. Dat fiind faptul că o Asocierie nu poate dobândi personalitate juridică, fiecare membru asociat este privit și analizat în individualitatea sa (vezi art. 1.951 Cod Civil).

(2) Procedând în conformitate cu cele menționate la punctul (1), a fost analizat fiecare asociat în parte. Urmare a acestui fapt, s-a descoperit că asociat majoritar în ... este ...

(3) În situația expusă, un SRL este asociat majoritar într-un alt SRL. Dat fiind faptul că societățile cu răspundere limitată reprezintă, din punct de vedere funcțional, o formă de organizare intermediară între societățile de persoane și întreprinderile de capital, legăturile dintre acestea sunt percepute întotdeauna ca fiind directe, puternice și indisolubile.

(4) Din faptul că ... este asociat majoritar, cu 99% cotă de participare la profit și pierderi în ..., rezultă fără putință de tăgadă că **aceasta reprezintă un factor decizional și are o implicare directă în direcția de activitate a societății în care este asociat [art. 191 alin. (1), art. 192 alin. (2) și art. 193 alin. (1) din Legea nr. 31/1990].**

(5) Din interpretarea celor trei articole de lege citate anterior și aplicându-le la situația existentă la nivelul componentei ..., este evident că deciziile privind activitatea acesteia sunt adoptate de către asociatul majoritar, ..., cel care a manifestat un comportament contractual neconform în derularea unui alt contract de achiziție publică având un obiect similar.

(6) Autoritatea contractantă precizează că între cei doi operatori economici, „mamă și fiică”, sunt perfectate o serie de contracte prin care societatea ... urma a-și îndeplini obligațiile asumate de către aceasta în cadrul Asocierii:

- contract de închiriere perfectat între ... și ..., având ca obiect închirierea echipamentelor și utilajelor de lucru;

- contract de prestări servicii având ca obiect:

- a) Efectuarea de încercări și teste de laborator ... și încercări autorizate declarate în autorizația emisă de ISC nr. 2977/29.08.2013 cu Laboratorul central de gradul II, proprietatea ...; deschiderea unui punct de lucru în organizarea de șantier înființată pentru contractul „...”.

- b) Monitorizarea execuției lucrărilor, a producției de betoane asfaltice și betoane de ciment și a materialelor aprovizionate pentru execuția contractului, conform prevederilor caietului de sarcini din contract.

(7) Pe baza tuturor acestor considerente, rezultă legătura indisolubilă existentă între cele 2 entități care sunt diferite numai aparent din punct de vedere al factorului decizional. Această legătură evidentă este și cea care determină propagarea efectelor documentului constatator emis de ... și

înregistrat sub nr. SI 683/10.04.2014 asupra societății ... și implicit asupra Asocierii ...

(8) OUG nr. 34/2006 garantează dreptul autorității contractante de a aplica criterii de calificare și selecție pentru fiecare asociat raportat la participarea acestuia la executarea contractului de achiziție publică.

(9) În ceea ce privește susținerile contestatoarei de la punctele B și C din contestație, autoritatea contractantă consideră că nu se poate discuta sau contesta valabilitatea documentului constatator nr. SI 683/10.04.2014. Cu privire la acesta, pe rolul Tribunalului ... se află Dosarul ... care are ca obiect valabilitatea acestuia. Până la data soluționării acestei cauze de către instanța de judecată, documentul constatator este valabil și produce efecte.

(10) Mai mult, susținerea contestatoarei cu privire la faptul că efectele documentului menționat expiră la data de 10 aprilie 2016 și prin acest fapt se încalcă principiul proporționalității prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. e) din OUG nr. 34/2006 este neîntemeiată, de vreme ce la data deschiderii procedurii de achiziție publică acesta era valabil.

(11) Așadar, opinează că a făcut în mod corect aplicarea art. 181 lit. c¹) din OUG nr. 34/2006 și a exclus ca inacceptabilă oferta Asocierii, în susținerea acestui aspect invocând și paragraful (101) din Preambulul Directivei 2014/24/UE din 26 februarie 2014.

Astfel, s-a consacrat soluția inechivocă, susținută și de jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, art. 57 alin. (4) lit. c) din Directiva 2014/24/UE prevăzând că autoritățile contractante au dreptul de a-i exclude din proceduri pe ofertanții vinovați de "abateri profesionale grave care pun sub semnul întrebării integritatea sa". Mai mult, potrivit legislației europene, autoritatea contractantă poate dovedi abaterea profesională gravă prin "orice mijloace", ceea ce implică o largă marjă de discreție cu privire la excluderea ofertanților pentru acest motiv.

Față de toate cele expuse, autoritatea contractantă solicită Consiliului să observe în esență influența decizională pe care ..., în calitate de asociat majoritar, o exercită în activitatea ... A accepta această societate - „fiică” a ... și a atribui contractul de achiziție publică Asocierii din care aceasta face parte ar determina eludarea principiului protejării interesului public și interesului legitim al autorității contractante în procedura de achiziție publică, dar și a dreptului acesteia de a exclude ofertanții care au manifestat un comportament contractual precar față de aceasta.

În ceea ce privește excluderea întregii Asocieri, autoritatea contractantă învederează Consiliului faptul că fiecare asociat este analizat individual, iar respingerea unui asociat determină respingerea întregii Asocieri, deoarece atât calitățile analizate, dar și categoriile de servicii asumate de către fiecare asociat sunt interdependente în realizarea contractului de achiziție publică.

Prin adresa nr. DA 885/18.04.2016, înregistrată la CNSC sub nr. 11515/18.04.2016, ... SA a transmis completare la punctul de vedere înregistrat la CNSC cu nr. 11442/18.04.2016, prin care solicită suplimentar Consiliului să dispună și respingerea contestației formulate de către ..., în

numele ..., având în vedere că, aceasta din urmă nu a întrunit condițiile prevăzute la art. 271¹ alin. (3) din OUG nr. 34/2006, respectiv nu a făcut dovada constituirii garanției de bună conduită în original.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 11719/19.04.2016, ... a răspuns la punctul de vedere formulat de autoritatea contractantă, prin care învederează Consiliului argumentele care combat susținerile acesteia.

Contestatoarea precizează că legiuitorul a prevăzut în mod expres că dispozițiile art. 181 alin. (1) lit. c¹) din ordonanța de urgență se referă doar la ofertant (fie că este vorba despre un ofertant individual sau membrul unei asocieri) și la terțul susținător.

În cazul unei oferte comune, depusă în asociere, cerința de calificare trebuie verificată în persoana fiecărui membru al asocierii, însă extinderea acestei cerințe și la asociații persoane juridice ai membrilor asocierii este lipsită de orice suport legal.

Contestatoarea subliniază că nu a negat în niciun moment legătura dintre cei 2 operatori economici, însă, aportul ... în cadrul ofertantului este irelevant în raport de prevederile art. 181 anterior citate; din punct de vedere juridic, cei 2 operatori economici sunt persoane juridice distincte.

În speță, oferta este depusă de ..., în calitate membru al Asocierii și tot în această formă va răspunde pentru executarea contractului de achiziție publică, în eventualitatea atribuirii contractului. În opinia sa, simplul fapt că ... este asociat majoritar în cadrul unui membru al Asocierii, nu poate atrage excluderea ofertei din procedură, atât timp cât ofertantul asociat ... nu se încadrează în prevederile art. 181, acesta neavând niciun contract încheiat cu

Interpretarea mai sus arătată are la bază faptul că legislația actuală privind achizițiile publice nu conține nicio prevedere potrivit căreia dispozițiile articolului sus menționat poate fi extins și situațiilor în care un **asociat persoană juridică a unui ofertant** și-ar fi încălcat obligațiile contractuale, motiv pentru care în lipsa unei mențiuni exprese din partea legiuitorului care să exprime explicit această posibilitate, o astfel de interpretare nu este legală, în baza principiului de drept „*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”.

Trimiterile autorității contractante la dispozițiile Directivei 2014/24/UE nu sunt incidente în speță, întrucât aceste dispoziții se referă, încă o dată, la posibilitatea autorității contractante de a exclude „ofertanții a căror performanță în alte contracte de achiziție publică au arătat deficiențe majore”, (dispozițiile se referă la performanțele ofertanților și nu la performanțe ale societăților asociate în cadrul unui ofertant). Or, în speță, ... nu a avut niciun contract încheiat până în prezent cu ..., astfel încât nu se poate vorbi despre abateri profesionale în activitatea contestatoarei.

Un argument în plus în susținerea nelegalității excluderii ofertei Asocierii vizează faptul că legislația în vigoare nu permite autorităților contractante să impună prezentarea declarației privind neîncadrarea în prevederile art. 181 nici măcar în cazul subcontractanților declarați – operatori economici care, în mod evident, vor participa în execuția

concretă a lucrării, cu atât mai mult nu poate impune cerințe de calificare asociaților unui ofertant.

Contestatoarea consideră că "marja de discreție" în excluderea ofertelor, despre care face vorbire autoritatea contractantă în cuprinsul punctului de vedere nu este una absolută ci este limitată în **primul rând** de dispozițiile legale în vigoare **și de** principiile care guvernează procedurile de achiziție publică.

Or, în speță,

- prevederile legale conferă doar posibilitatea (nu obligația) autorităților contractante de a exclude ofertanții care se află sub incidența art. 181 lit. c¹) din OUG nr. 34/2006 și nu ofertanții ale căror organe statutare ar putea fi încadrate sub incidența articolului anterior citat. În plus, simpla emitere a unui document constatator nu conferă posibilitatea autorității contractante de a exclude oferta din procedura, ci, în conformitate cu prevederile art. 97¹ din HG nr. 925/2006, atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 181 lit. c¹) din ordonanța de urgență.

- principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite. (Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C- 157/96, pet 60). A exclude oferta unei Asocieri ca inacceptabilă, în temeiul unui document constatator care vizează un asociat al unui membru al ofertantului, document emis în mod tardiv, în opinia contestatoarei echivalează cu o încălcare a principiului proporționalității prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. e) din OUG nr. 34/2006.

- principiul nediscriminării **presupune că autoritatea contractantă** nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică. **În acest sens, CEJ a statuat că directivele în materia achizițiilor publice se opun ca statele membre** să completeze lista pe care o cuprind cu alte cauze de excludere întemeiate pe criterii referitoare la calitatea profesională. **Abordarea legiuitorului comunitar a constatat în a reține numai cauze de excludere întemeiate pe constatarea obiectivă a unor fapte sau comportamente proprii ofertantului, de natură să discrediteze onorabilitatea profesională a acestuia (..)" (Hotărârea La Cascina și alții).**

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 11762/20.04.2016, ... a răspuns la completarea punctului de vedere formulat de autoritatea contractantă, prin care solicită Consiliului să respingă afirmațiile acesteia privind nedepunerea garanției de bună conduită, deoarece, în data de 11.04.2016, a expediat către autoritatea contractantă, prin poștă, sub forma de scrisoare cu valoare cu conținut declarat și confirmare de

primire, pe adresa menționată în fișa de date a achiziției, un exemplar original din contestația formulată, însoțit de originalul garanției de bună conduită, respectiv Polița nr. .../ 05.04.2016, emisă de ... și ordinal de plată din data de 05.04.2016, așa cum rezultă din nota de inventar anexată.

Prin adresa nr. 983/04.05.2016, înregistrată la CNSC sub nr. 13509/04.05.2016, autoritatea contractantă confirmă primirea în original a garanției de bună conduită constituită de ..., respectiv Polița de asigurare garanție nr. .../ 05.04.2016, cu mențiunea că aceasta a fost primită în data de 26.04.2016.

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

În vederea încheierii unui acord-cadru, având ca obiect: „...”, coduri CPV: 45233141-9; 45233222-1; 45235200-5; 45262300-4; 71322500-6, ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de „licitație deschisă”, cu fază finală de licitație electronică, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. ..., odată cu care a postat și documentația de atribuire.

Conform fișei de date a achiziției criteriul de atribuire este prețul cel mai scăzut, iar valoarea estimată este cuprinsă între ... euro – ... euro, fără TVA.

Ședința de deschidere a ofertelor a avut loc în data de 15.02.2016, în urma căreia s-a încheiat procesul-verbal nr. 5.1, iar ulterior etapei de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă a întocmit raportul procedurii nr. 5.4./31.03.2016, potrivit căruia procedura de atribuire în cauză a fost anulată în baza dispozițiilor art. 209 alin. (1) lit. a) din OUG nr. 34/2006.

Comunicarea rezultatului procedurii către societatea contestatoare s-a efectuat cu adresa nr. 769/31.03.2016, aceasta din urmă fiind informată de faptul că oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, în temeiul art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006, respectiv de decizia de anulare a procedurii de atribuire în cauză.

Nemulțumită de rezultatul al procedurii de atribuire, ... a investit Consiliul cu soluționarea prezentei contestații, însoțită de garanția de bună conduită constituită prin Polița de asigurare garanție nr. .../05.04.2016, emisă de ..., confirmată de autoritatea contractantă prin adresa nr. 983/04.05.2016, înregistrată la CNSC sub nr. 13509/04.05.2016, solicitând anularea deciziei autorității contractante, prin care oferta sa fost declarată inacceptabilă, a deciziei de anulare a procedurii de atribuire, anularea în parte a raportului procedurii, în ceea ce privește declararea ca inacceptabilă a ofertei sale și, implicit, în ceea ce privește anularea procedurii de atribuire și obligarea autorității contractante la continuarea procedurii, prin reevaluarea ofertei sale.

Din lecturarea conținutului contestației, Consiliul constată că observațiile ... vizează motivele de respingere a ofertei sale ca inacceptabilă, „deoarece nu îndeplinește criteriile de calificare și selecție referitoare la situația personală a ofertantului, reglementată la art. 181 lit. c¹ din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006”, respectiv:

- „Documentul constatator emis de ... și înregistrat cu nr. SI.683/10.04.2014, certificat care la data prezentă este pe deplin valabil și produce efecte juridice, acesta nefiind revocat, suspendat sau anulat, din care reiese că ... și-a îndeplinit defectuos sau nu și-a îndeplinit obligațiile contractuale asumate prin contractul nr.57/C/06.02.2007;

- Certificatul constatator nr. 3367/11.02.2016, emis de Oficiul Național al Registrului Comerțului - Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul Harghita, din care reiese faptul că asociatul majoritar al ..., cu o cotă de participare la beneficii și pierderi de 99%, este ... și că asociat persoană fizică este ..., cu o cotă de participare la beneficii și pierderi de doar 1%;

- În cadrul Acordului de asociere încheiat între ..., este menționat faptul că ... este implicat în activitatea acordului-cadru ce urmează a fi atribuit cu un procent de 48% din obiectul acestuia, reprezentat de lucrări de C+M”.

Raportat la situația expusă, Consiliul reține ca fiind relevante dispozițiile art. 181 lit. c¹) din OUG nr. 34/2006, conform cărora: „Autoritatea contractantă are dreptul de a exclude dintr-o procedură pentru atribuirea contractului de achiziție publică orice ofertant/candidat care se află în oricare dintre următoarele situații: (...) c¹) în ultimii 2 ani nu și-a îndeplinit sau și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale, din motive imputabile ofertantului în cauză, fapt care a produs sau este de natură să producă grave prejudicii beneficiarilor acestuia”.

Analizând prevederile legale anterior menționate, rezultă că autoritatea contractantă, pentru a putea uza de dreptul de a exclude oferta prezentată de un operator economic în cadrul unei proceduri de atribuire, trebuie să constate îndeplinirea cumulativă a condițiilor impuse de legislația în domeniul achizițiilor publice, respectiv:

- operatorul economic în cauză nu și-a îndeplinit sau și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale, în ultimii 2 ani;

- motivele pentru care operatorul economic nu și-a îndeplinit sau și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale să îi fi fost imputabile acestuia;

- neîndeplinirea acestor obligații sau îndeplinirea lor în mod necorespunzător să îi fi produs sau este de natură să producă grave prejudicii beneficiarilor acestuia.

Consiliul constată faptul că norma juridică anterioară transpune în dreptul autohton prevederile art. 45 alin. (2) lit. d) din Directiva nr. 18/2004/CE, potrivit căreia „poate fi exclus de la participarea la un contract orice operator economic: (...) (d) care s-a făcut vinovat de o gravă abatere profesională, dovedită prin orice mijloace pe care autoritățile contractante le pot justifica; (...) Statele membre precizează, în temeiul dreptului intern și prin respectarea dreptului comunitar, condițiile de aplicare a prezentului alineat”.

Verificând conținutul Certificatului constatator nr. 3367/11.02.2016, emis de ORC de pe lângă Tribunalul Harghita, prezentat de ..., Consiliul

constată că, la Cap. *ASOCIAȚI PERSOANE JURIDICE*, este menționat: ..., având un număr de 1221836 *părți sociale* și o cotă de participare la beneficii și pierderi de **99%**, iar la cap. *ASOCIAȚI PERSOANE FIZICE*, este menționată: ..., având un număr de 20 *părți sociale* și o cotă de participare la beneficii și pierderi de **1%**.

Documentul constatator privind îndeplinirea obligațiilor contractuale, emis de ... nr. SI.683/ 10.04.2014, pe bază căruia autoritatea contractantă a respins oferta contestatoarei, se referă la contractul nr. 57/C/06.02.2007, care a avut ca obiect: „ ..., regăsindu-se menționat ... în calitate de **executant asociat**, având CUI ..., sediul: ...

De asemenea, în conținutul acestui act, la cap. 4. – *Decrierea pe scurt a modalității de îndeplinire a contractului*, sunt consemnate, printre altele, următoarele informații:

- «Tronson 1 (...): Procesul-verbal de constatare nr. 739/13.02.2012 prin care s-a constatat: *neefectuarea remediilor deficiențelor constatate și asumate de constructor în perioada de garanție; remedierile parțiale efectuate nu au dat rezultatele scontate; apariția în continuare de protuberante la pistă; apariția aceluiași tip de defecte și la tronsoanele II+III;*

- Tronson 2 (...) Procesul-verbal de recepție finală nr. 7/03.01.2013 (recepție amânată) datorită: *apariției de la Terminarea Lucărilor până la Recepția Finală a unui număr semnificativ de protuberante locale ale covorului asfaltic pe mai multe zone din suprafața pistei; apariției unor fisuri și microfisuri longitudinale și transversale ... existența exfolierilor, desprinderilor de material, material în exces în zona rosturilor de dilatație (...).*

În perioada de exploatare a pistei au apărut defecte la rosturile de dilatație, pe toate tronsoanele. (...).

Consultanta ... a întocmit Raportul tehnic asupra stadiului lucrărilor de reparații la PDA2 ... care concluzionează asupra faptului că tehnologia de execuție a covorului asfaltic subțire nu este suficient de bine stăpânită de către Executant și asupra calității necorespunzătoare a materialelor. *Recomandă ca lucrările de remediere să fie executate de către o altă companie specializată în astfel de lucrări.*

... a întreprins o serie de măsuri:

- *a fost transmisă Notificarea nr. 196/23.02.2012 de punere în întârziere a Executantului față de neîndeplinirea obligațiilor contractuale;*
- *în ianuarie 2014 a fost finalizată acțiunea în instanța de asigurare de dovezi ...;*
- *în data de 08.04.2014 ... a notificat Asocierea „Executant” reprezentată prin liderul de asociere de rezilierea contractului în temeiul art. 23 Rezilierea, pct. 23.1., conform căruia „nerespectarea obligațiilor asumate prin prezentul contract, în mod culpabil de către oricare dintre părți, dă dreptul părții lezate de a cere rezilierea contractului de drept, imediat și fără alte formalități și de a pretinde daune interese”».*

Consiliul are în vedere că pe rolul Tribunalului ... se află dosarul nr. ...

Față de cele prezentate anterior, rezultă următoarele concluzii:

- ..., în cadrul ..., are cotă de participare la beneficii și pierderi de **99%**, deci este acționarul principal (majoritar), calitate care, potrivit dispozițiilor legale în vigoare în materia societăților comerciale, conferă putere de decizie și de control acestei societăți;

- în cadrul contractului de execuție nr. 57/C/06.02.2007, cu obiectul: (...), ... a avut calitatea de **executant** asociat;

- documentul constatator nr. SI.683/10.04.2014, emis de ..., menționat mai sus, vizează și ... - **executant** asociat, fiind evident că de neregulile consemnate în acest act este responsabilă în solidar și acest operator economic.

Prin urmare, afirmația contestatoarei conform căreia ... și ... sunt persoane juridice diferite, astfel că, în acest caz, ... nu are calitatea de ofertant, în sensul dispozițiilor art. 181 lit. c¹) din OUG nr. 34/2006, în acest caz, nu poate fi considerată întemeiată.

În aprecierea acestei finalități, Consiliul are în vedere faptul că, la dosarul cauzei, există *Contractul de prestări servicii nr. 234/08.02.2016*, încheiat între ..., în calitate de furnizor, și ..., în calitate de beneficiar, care vizează, în mod evident contractul de lucrări al procedurii prezente, respectiv: „...”.

Față de cele expuse, întrucât, pe de o parte, ... este acționar majoritar (cota de participare de 99%) al ..., iar pe de altă parte, contractul de mai sus are ca obiectiv execuția lucrărilor în cauză, Consiliul apreciază nu doar că există, în mod evident, o legătură directă între aceste societăți, ci și faptul că, în cazul actual, contractul procedurii de atribuire în discuție nu ar putea fi executat fără participarea

În aceste condiții, Consiliul stabilește că autoritatea contractantă nu poate fi obligată să ia în considerare ..., doar ca asociat al ..., fără a analiza modul în care acționarul său majoritar ..., cu putere de decizie în cazul societății - 99%, a contribuit la execuția unor lucrări, raportat la importanța și complexitatea obiectului contractului de achiziție publică actual, cu implicații evidente asupra siguranței pasagerilor, cu atât mai mult cu cât este vorba despre aceleași tipuri de lucrări. Cu alte cuvinte, chiar dacă este înființată o nouă societate comercială, care teoretic este o altă persoană juridică, în cazul de față ..., nu se poate ignora faptul că asociatul majoritar al acesteia, ..., a avut calitatea de executant într-un contract similar, în cadrul căruia a avut un comportament necorespunzător, așa cum rezultă de documentele constatatoare în acest sens, întocmite și semnate de specialiștii din domeniu.

În concluzie, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă este obligată să ia toate măsurile de siguranță astfel încât, nu doar pentru lucrările care trebuie executate la nivel calitativ superior, conform cerințelor din documentația de atribuire, și în termenele contractuale stabilite, ci este obligată să aibă în vedere siguranța călătorilor. Ori, în condițiile în care lucrările, la care a contribuit și ... în execuția lor, au ca rezultat concluziile experților ca fiind defectuoase/necorespunzătoare cu

ceea ce trebuia realizat, este evident că decizia autorității contractantă este una corectă și responsabilă, ce respectă principiul asumării răspunderii, statuat de art. 2 alin. (2) lit. g) din OUG nr. 34/2006.

Referitor la acest aspect, Consiliul are în vedere că obiectul contractului de lucrări al procedurii prezente este *similar* cu cel al contractului nr. 457/C/06.02.2007, asupra căruia fost întocmit documentul constatator nr. SA.683/10.04.2014. Prin urmare, și în ceea ce privește contractul de achiziție publică al acestei proceduri, în condițiile în care ar fi fost atribuit contestatoarei, deciziile și modul de derulare al lui ar fi fost coordonate tot de ..., prin poziția de asociat al ..., cu cota de participare de **99%**.

În ceea ce privește afirmația contestatoarei cum că actul constatator, anterior menționat, este unul „emis în mod tardiv”, Consiliul nu o poate lua în considerare, motivat de faptul că, potrivit art. 97¹ alin. (5) din HG nr. 925/2005: *„Documentele constatatoare emise de către autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile alin. (1) pot fi contestate în justiție potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările ulterioare.*

În concluzie, Consiliul constată că autoritatea contractantă a respins, în mod corect, ca inacceptabilă, oferta ..., în temeiul art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006, deoarece nu îndeplinește cerințele de calificare și selecție referitoare la situația personală a ofertantului, așa cum impune art. 181) lit. c¹) din ordonanța de urgență.

Prin urmare, Consiliul constată că autoritatea contractantă, în mod corect, a hotărât anularea procedurii de atribuire, în temeiul art. 209 alin. (1) lit. a) din ordonanța de urgență, întrucât au fost depuse oferte inacceptabile și/sau neconforme, celălalt ofertant neformulând contestație a acceptat respingerea ofertei prezentate.

În susținerea concluziilor de mai sus, Consiliul are în vedere practica sa, precum și a instanțelor de judecată, respectiv:

- Decizia CNSC nr. 2089/C3/2243/07.12.2015 – menținută de Curtea de Apel București, prin Decizia nr. 716/15.02.2016;
- Decizia CNSC nr. 304/C8/184,187/01.03.2016 – menținută de Curtea de Apel București, prin Decizia nr. 2014/05.04.2016.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (5) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul respinge, ca nefondată, contestația formulată de ..., în numele ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă

În baza dispozițiilor art. 278 alin. (6) din același act normativ, Consiliul menține decizia de anulare procedurii de atribuire.

Părțile vor avea în vedere că prezenta decizie este obligatorie, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, precum și că au dreptul de a o ataca cu plângere, în concordanță cu art. 281 din același act normativ.

OPINIE SEPARATĂ,

Contrar soluției exprimate de majoritatea membrilor completului - de respingere a contestației asocierii formate din ... - în ceea ce ne privește opinăm că aceasta nu este în concordanță cu principiile și dispozițiile legale în vigoare, ci în contradicție cu acestea, având în vedere următoarele considerente.

Divergența de opinie nu vizează soluționarea problemei nedepunerii, la momentul contestării, ci ulterior, a originalului dovezii constituirii garanției de bună conduită, față de care nu avem nicio obiecție (întrucât ordonanța nu prevede vreo sancțiune în cazul în care dovada este adusă ulterior, mai cu seamă că scopul garanției este atins chiar dacă originalul intră în posesia autorității pe parcursul procedurii contencioase), ci concluzia la care s-a ajuns în rezolvarea fondului cauzei, pe care nu o putem îmbrățișa.

În speța aflată pe rolul Consiliului, niciuna dintre părțile litigante nu tăgăduiește că autoritatea contractantă ... a informat asocieria contestatoare că oferta ei este respinsă ca inacceptabilă, în baza art. 36 alin. (1) lit. b) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, deoarece nu îndeplinește criteriile de calificare și selecție referitoare la situația personală a ofertantului, în raport de art. 181 lit. c1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006. Argumentele aduse de autoritate au fost:

- Documentul constatator emis de ... și înregistrat cu nr. SI 683/ 10.04.2014, certificat care la data prezenta este pe deplin valabil și produce efecte juridice, acesta nefiind revocat, suspendat sau anulat, din care reiese faptul că ... și-a îndeplinit defectuos sau nu și-a îndeplinit obligațiile contractuale asumate prin contractul nr. 57/C/06.02.2007;

- Certificatul constatator nr. 3367/11.02.2016 emis de Oficiul Național al Registrului Comerțului - Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul Harghita din care reiese faptul că asociatul majoritar al ..., cu o cota de participare la beneficii și pierderi de 99% este ... și asociat persoana fizică este ..., cu o cota de participare la beneficii și pierderi de doar 1%;

- În cadrul Acordului de asociere încheiat între ..., este menționat faptul că ... este implicat în activitatea acordului-cadru ce urmează a fi atribuit cu un procent de 48% din obiectul acestuia, reprezentat de lucrări de C+M.

Având în vedere cele menționate mai sus, precum și faptul că ... are în calitate de asociat majoritar, cu o cota de participare la beneficii și pierderi de 99% pe ... (societate ce și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale avute cu ... în contractul nr. 57/C/06.02.2007) și asociat persoana fizică pe ..., cu o cota de participare la beneficii și pierderi de doar 1%, se concluzionează faptul că ... are o implicare directă în activitățile cu scop lucrativ și răspunde față de obligațiile angajate de ... în raporturile comerciale, implicit în activitatea contractuală ce face obiectul prezentului acord-cadru, cu o repartizare fizică, valorică și procentuală în cadrul contractului de 48%.

Față de acestea se apreciază că sunt incidente prevederile art. 181 lit. c1) 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, respectiv *"în ultimii 2 ani nu și-a îndeplinit sau și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale, din*

motive imputabile ofertantului în cauză, fapt care a produs sau este de natură să producă grave prejudicii beneficiarilor acestuia", motiv pentru care oferta depusa de ... a fost respinsa, aceasta fiind considerata inacceptabila in temeiul art.36 alin. 1 lit.b) din Hotărârea 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.

Acestea sunt argumentele autorității pe care s-a bazeat decizia excluderii de la licitație a ofertei, argumente supuse examinării organului administrativ-jurisdicțional. Consiliul, fiind ținut de obligația de imparțialitate și echidistanță față de părțile aflate în proces, nu poate construi sau valida în decizie alte argumente de respingere a ofertei contestatoarei, creându-i acestui subiect procesual o situație mai grea decât cea reținută de autoritatea achizitoare. Consiliul trebuie să respecte cerințele procesului echitabil și prin prisma imparțialității, respectiv să nu se transforme în comisie de evaluare în locul celei numite de autoritatea contractantă.

După cum s-a reținut în paginile de mai sus, operatorii economici care au depus oferta în discuție sunt ..., iar nu

Ofertant, potrivit definiției date de ordonanța privind achizițiile publice, este operatorul economic care a depus ofertă la procedura de atribuire, calitate pe care o au doar cele trei societăți aflate în asociere, iar nu ... sau alți deținători de părți sociale ale firmelor.

Conform aceleiași ordonanțe, art. 181, autoritatea contractantă are dreptul de a exclude din procedură *ofertantul* care:

- a) a intrat în faliment ca urmare a hotărârii pronunțate de judecătorul-sindic;
- c) nu și-a îndeplinit obligațiile de plată a impozitelor, taxelor și contribuțiilor de asigurări sociale către bugetele componente ale bugetului general consolidat, în conformitate cu prevederile legale în vigoare în România sau în țara în care este stabilit;
- c1) în ultimii 2 ani nu și-a îndeplinit sau și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale, din motive imputabile ofertantului în cauză, fapt care a produs sau este de natură să producă grave prejudicii beneficiarilor acestuia;
- d) a fost condamnat, în ultimii trei ani, prin hotărârea definitivă a unei instanțe judecătorești, pentru o faptă care a adus atingere eticii profesionale sau pentru comiterea unei greșeli în materie profesională;
- e) prezintă informații false sau nu prezintă informațiile solicitate de către autoritatea contractantă, în scopul demonstrării îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție.

Acestea sunt situațiile limitative pe care le prescrie art. 181, la care s-a raportat autoritatea contractantă, nu altele, situații care vizează doar persoana ofertantului, iar nu pe cea a acționarilor săi ori a deținătorilor de părți sociale, majoritari ori minoritari.

... este o persoană juridică distinctă de ... (însăși autoritatea contractantă recunoaște, în punctul său de vedere asupra contestației, fila 4), chiar dacă aceasta din urmă este asociatul ei majoritar și îi revin 99% din beneficii și pierderi. ..., conform art. 31 alin. (1) și art. 187 C. civ., este titularul unui patrimoniu propriu și are o organizare de sine stătătoare. De asemenea, persoana juridică ... participă în nume propriu la circuitul civil și răspunde pentru obligațiile asumate cu bunurile proprii – art. 193 alin. (1) C. civ. Ea nu răspunde pentru neexecutarea obligațiilor asociatului ... și nici viceversa [cu excepțiile din Legea societăților nr. 31/1990].

La licitația organizată de ..., după cum s-a precizat și repetat mai sus, ofertante au fost cele trei societăți profesionale asociate, sens în care au și menționat în propriul formular de ofertă că ele ofertează serviciile de

proiectare și execuția de lucrări și se angajează să le realizeze în conformitate cu documentația de atribuire, iar nu Contractul care va fi încheiat cu asocierea, în cazul desemnării câștigătoare a ofertei sale, va fi semnat de ..., care vor răspunde personal de îndeplinirea obligațiilor contractuale asumate, iar nu de către Nu se poate prezuma fără nicio bază factuală ori legală că ... a participat la licitație cu o ofertă trucată, în direcția că cel care va executa viitorul contract va fi, în realitate, asociatul său ..., considerat vinovat de săvârșirea în ultimii doi ani a unor abateri în plan contractual. Până la proba contrară, care nu există, ... nu poate fi tratată drept un "paravan" al ..., la licitația pendinte. Nu s-a probat nici incidența art. 1237 C. civ. – cauza este ilicită și atunci când contractul este doar mijlocul pentru a eluda aplicarea unei norme legale imperative.

Dat fiind că dispozițiile art. 181 din ordonanță vizează operatorul economic ofertant, declarația pe proprie răspundere privind neîncadrarea în respectivele dispoziții îl privește strict pe ofertant, iar nu pe deținătorii de acțiuni sau de părți sociale.

Excluderea ofertantului în temeiul art. 181 din ordonanță, reprezentând o limitare a exercițiului unor drepturi, respectiv dreptul de a participa la o procedură de achiziție (statuat la art. 41 din ordonanță), se impune a fi interpretată restrictiv, doar în lumina circumstanțelor textului de lege - *exceptio est strictissimae interpretationis*. Nu pot fi create prin interpretare alte cazuri de excludere a ofertanților de la licitații, sens în care este relevant și art. 10 C. civ., potrivit căruia legile care derogă de la o dispoziție generală, care restrâng exercițiul unor drepturi civile sau care prevăd sancțiuni civile se aplică numai în cazurile expres și limitativ prevăzute de lege.

Din această perspectivă, în lipsa altor precizări exprese și neîndoielnice ale textului art. 181 din ordonanță, concluzia care se impune este că situația personală a deținătorilor de acțiuni sau de părți sociale nu are efecte în procedura de atribuire și nu poate determina prin ea însăși excluderea firmelor ofertante.

Art. 16 alin. (1) din același Cod civil dispune că, dacă prin lege nu se prevede altfel, persoana răspunde numai pentru faptele sale, deci ofertantul ... răspunde pentru faptele sale, nu pentru cele ale Istoricul îndeplinirii obligațiilor contractuale de către această din urmă persoană juridică nu poate justifica și atrage eliminarea de la licitații a Situația personală a ofertantului poate și trebuie a fi verificată numai prin raportare strictă la situația sa, nu a patronilor săi (care participă la beneficii și pierderi). De altminteri, însăși denumirea paragrafului în care este situat art. 181 din ordonanță este *Situația personală a candidatului sau a ofertantului*.

Astfel cum ... este un terț (neparticipant) față de licitația în referință, ... este un terț față de neregulile contractuale care i-au fost imputate asociatului său majoritar. ... nici măcar nu ar putea să reclame în justiție documentul constatator emis pe numele asociatului său majoritar, lipsindu-i calitatea procesuală activă.

Pe de altă parte, nu putem îmbrățișa logica la care a apelat majoritatea completului și pentru că s-ar ajunge la excluderea ofertanților în cazuri dincolo de voința legiuitorului. De pildă, nu poate fi exclus ofertantul doar pentru că unul sau mai mulți dintre deținătorii săi de părți sociale sau acțiuni ar avea datorii la plata impozitelor, taxelor și contribuțiilor de asigurări sociale către bugetele publice [art. 181 lit. c) din ordonanță]. În mod similar, calificarea ofertantului nu se poate judeca prin prisma experienței similare, a cifrei de afaceri, a resurselor sau a altor capacități ale celor care dețin acțiunile/părțile sociale la respectiva firmă ofertantă. Art. 176-179 din ordonanță și art. 7 și 8 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, care vizează stabilirea criteriilor de calificare, fac referire la operatorul economic definit ca fiind oricare furnizor de produse, prestator de servicii ori executant de lucrări – persoană fizică/juridică, de drept public sau privat, ori grup de astfel de persoane cu activitate în domeniul care oferă în mod licit pe piață produse, servicii și/sau execuție de lucrări, și nu la acționari. Scopul autorității contractante, atunci când impune anumite criterii de calificare, este de a verifica situația ofertantului, inclusiv situația personală a acestuia, pentru a se asigura de îndeplinirea corespunzătoare a contractului de către acesta, nu de către alte persoane juridice.

Legiuitorul a stabilit anumite circumstanțe limitative în care o ofertă poate fi respinsă în etapa de evaluare a ei, iar suspiciunile și pretextele reproduse din adresa de comunicare a rezultatului licitației nu au nicio tangență cu acestea.

Contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) și art. 249 C. proc. civ., care impun părților să susțină cu mijloace de probă cele ce afirmă în fața Consiliului, autoritatea achizitoare nu a furnizat acestuia niciun argument credibil sau mijloc de probă din care să rezulte imposibilitatea asocierii celor trei societăți de antreprenori ofertante de a-și îndeplini în mod corespunzător viitoarele obligații contractuale (făcând abstracție că modalitatea de executare a contractului reprezintă o problemă distinctă de cea a atribuirii lui). Simpla existență a unor îndoieli sau presupuneri nu îndrituiește autoritatea să respingă oferta asocierii și să anuleze procedura de atribuire.

În atari condiții, în care nu sunt încadrate în litera legii speciale motivele pe care se bazează respingerea ofertei și, subsecvent, anularea licitației, decizia prin care s-au luat aceste măsuri se vădește a fi arbitrară și contrară normelor legii, aducând prejudicii intereselor ofertanților asociați ... Discriminarea pe care o realizează autoritatea contractantă față de operatorul economic ... (și asociații săi) prefigurează interzicerea accesului acestui agent economic la orice procedură de atribuire organizată de ... sau de alte autorități contractante (o formă deghizată de *capitis deminutio* în materia achizițiilor publice), cât timp o va avea drept asociat pe ... și nu a expirat perioada de doi ani la care se referă art. 181 lit. c1) din ordonanță.

Ipotetic și concret vorbind, acceptarea tezei majorității ar duce la situația nefirească în care un constructor cu numeroase obiective de

investiții executate cu succes să fie respins de autoritate pentru motivul că unul dintre acționarii săi vremelnici minoritari sau majoritari se încadrează la art. 181 lit. c1) din ordonanță. Mai mult, dacă la licitațiile ulterioare constructorul își va schimba acționarul, el nu va mai fi respins. Potrivit actelor din ofertă, ... a fost înființată în 1998, are un capital social de 12.218.560 lei și a executat lucrări de construcții de peste 20 de milioane de lei între 2012 și 2013.

În cauza C-376/08, Serrantoni Srl, Consorzio stabile edili Srl împotriva Comune di Milano, prin hotărârea din 23 decembrie 2009, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a menționat, între altele, că excluderea sistematică a ofertanților, ca entități juridice distincte, chiar și în cazul în care raporturile existente între acestea din urmă nu le influențează comportamentul în cadrul procedurilor la care au participat, este contrară interesului comunitar de asigurare a unei participări cât mai largi posibil a ofertanților la o cerere de ofertă și depășește ceea ce este necesar pentru a atinge obiectivul care constă în asigurarea aplicării principiilor egalității de tratament și transparenței.

În plus, măsura care face obiectul prezentei cauze nu se întemeiază pe criterii obiective, nediscriminatorii și cunoscute în mod anticipat de operatorii economici (a se vedea, în acest sens, jurisprudența statornică a Curții de la Luxemburg).

În atari circumstanțe, din perspectiva noastră, este limpede că oferta asocierii contestatoare a fost respinsă în mod nelegal de către autoritatea contractantă și, implicit, anularea licitației s-a realizat cu nerespectarea dispozițiilor legale, drept pentru care, în baza art. 278 alin. (2) din ordonanța de urgență privind achizițiile publice, Consiliul trebuia să admită contestația nr. 10620/11.04.2016, depusă de asocierie, în contradictoriu cu ..., să anuleze raportul procedurii și comunicările subsecvente lui, precum și să oblige autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor și la emiterea unui nou raport de evaluare a ofertelor, cu respectarea întocmai a documentației de atribuire și a legislației privind achizițiile publice.

Pentru toate aceste rațiuni nu am putut subscrie la opinia majorității, considerând totodată necesar să formulăm prezenta opinie separată.

MEMBRU COMPLET 8,

...

Redactată în 4(patru) exemplare originale, conține 22(douăzecișidouă) pagini.