



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnscl.ro

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

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația înregistrată la CNSC sub nr. 8056/08.03.2016, înaintată de SC ... SRL, cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., CUI ..., reprezentată conventional prin ..., formulată împotriva comunicării privind rezultatul procedurii nr. 1788/22.02.2017, transmisă de ..., cu sediul ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului „...”, coduri CPV ... (Rev. 2), inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de concesiune nr. ..., s-a solicitat Consiliului să dispună anularea adresei nr. 1788/22.02.2017.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC ... SRL atacă rezultatul procedurii de atribuire transmis cu adresa nr. 1788/22.02.2017, emisă de ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii mai sus amintite, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Contestatoarea precizează că a participat la licitația deschisă, depunând oferta în termenul fixat de autoritatea contractantă și a completat DUAE conform indicațiilor din documentația de atribuire, neascunzând faptul că atât societatea SC ... SRL, cât și administratorul ei, domnul ... sunt trimiși în judecată de către Direcția Națională Anticorupție pentru săvârșirea infracțiunilor de dare de mită și complicitate la abuz în serviciu.

În acest sens, subliniază că este adevărat că art. 167 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 permite autorității contractante să excludă din procedură un operator economic împotriva căruia există o investigație pentru fapte de corupție, dar nu mai puțin adevărat este și faptul că în Constituția României se consacră prezumția de nevinovăție, conform art. 22 alin. (11) care prevede că *„până la rămânerea definitivă a hotărârii judecătorești de condamnare, persoana este considerată nevinovată.”*

Ori, în cazul de față, arată că nici societatea sa, nici administratorul ei ... nu sunt condamnați definitiv pentru nicio faptă penală.

În aceste condiții, apreciază că este „aberant” ca, pe parcursul derulării unui proces penal (care poate dura ani de zile), să se refuze dreptul unei entități juridice de a participa la o procedură de achiziție publică, pentru simplul considerent că împotriva sa au fost formulate niște acuzații, care este posibil ca niciodată să nu fie dovedite și finalizate cu o condamnare.

De asemenea, susține că este adevărat că Primăria Comunei Dănești se poate apăra invocând prevederea art. 167 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, dar, într-un sistem de drept există o ierarhie a actelor juridice, iar normele juridice constituționale au prevalență în fața celor cuprinse în alte acte normative (Legea nr. 98/2016, în cazul nostru). Este ceea ce îndeobște, în literatura de specialitate, se subsumează conceptului de supremație a Constituției.

Contestatoarea subliniază și că normele europene în materia achizițiilor publice (Directiva 2014/24/UE) arată foarte exact care sunt condițiile în care un ofertant poate fi exclus de la o procedură de achiziție publică, simpla existență a unei proceduri judiciare neregăsindu-se printre aceste situații.

Față de cele expuse, SC ... SRL apreciază că decizia autorității contractante încalcă legislația în vigoare, în principal art. 22 alin. 11 din Constituția României și, pe cale de consecință, în opinia sa, se impune a fi anulată.

Prin adresa nr. 2461/14.03.2017, înregistrată la CNSC cu nr. 9149/16.03.2017, ... a transmis punctul său de vedere referitor la contestația formulată de SC ... SRL, precizând că documentul DUAЕ, completat de contestatoare, conține declarația acesteia că este vinovată de comiterea unei abateri profesionale grave, fiind motiv de excludere.

În aceste condiții, autoritatea contractantă subliniază că membrii comisiei de evaluare nu au făcut decât să constate vinovăția declarată de însăși SC ... SRL, iar mențiunile din certificatul constatator nr. 2621/18.01.2017, precum și celelalte documente depuse conduc la faptul că operatorul economic și conducerea acestuia sunt supuși unei investigații judiciare.

Prin urmare, ... susține menținerea dispozițiilor specificate în Raportul procedurii și păstrarea valabilității comunicării nr. 1788/22.02.2017.

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

În vederea atribuirii contractului „...”, coduri CPV ... (Rev. 2), ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură de licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a anunțului de concesiune nr. ..., odată cu care a postat și documentația de atribuire. Valoarea estimată a contractului este de 658.500 lei, fără TVA.

Deschiderea ofertelor avut loc în data de 29.12.2016, în urma căreia s-a încheiat procesul-verbal nr. 10410, din care reiese participarea unui singur operator economic, respectiv SC ... SRL, iar în urma evaluării ofertei acestuia, autoritatea contractantă a întocmit raportul procedurii nr. 1787/22.02.2017, prin care s-a decis, în unanimitate, excluderea acestui ofertat, *„în baza documentelor prezentate, coroborate cu prevederile legale în vigoare art. 167 alin 1 litera c, alin 3, alin 4 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (...)”*. Comunicarea acestei decizii s-a efectuat către contestatoare cu adresa nr. 1788 din 22.02.2017, în care s-a precizat: *„(...) oferta dumneavoastră a fost exclusă din procedura aplicată prin coroborarea documentelor depuse (Documentul european de achiziție unic – DUAE și Certificatul constatator emis de ORC, Rechizitoriu DNA din 07.12.2015) cu respectarea prevederilor legale în vigoare: art. 167 alin 1 litera c), alin 3 alin 4 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice”*.

Nemulțumită de conținutul adresei de mai sus, în ceea ce privește respingerea ofertei sale, de SC ... SRL a înaintat prezenta contestație, solicitând anularea respectivei adrese.

Verificând dosarul cauzei, Consiliul constată că autoritatea contractantă, prin adresa nr. 10425/29.12.2016, a solicitat contestatoarei următoarea clarificare: *„Având în vedere analiza amănunțită a documentului DUAE ... comisia a constatat faptul că la completarea formularului s-a menționat că operatorul economic SC ... SRL se face vinovat de o abatere gravă profesională, specificând urmărirea penală dată prin Ordonanța din 9.11.2015 emisă de PICCJ, trimiterea în judecată de către DNA. Vă rugăm ... să ne transmiteți toate documentele relevante (Ordonanța PICCJ, Dovada de trimitere în judecată DNA și alte documente definitive emise de autorități care dovedesc abaterea profesională gravă a operatorului economic sau a oricărui membru din conducerea acestuia). De asemenea, vă rugăm să ne descrieți detaliat situația, pentru ca membrii comisiei de evaluare să înțeleagă corect speța existentă”*.

Prin adresa nr. 109/04.01.2017, contestatoarea a prezentat următorul răspuns: *„(...)”*:

1. SC ... SRL a fost trimisă în judecată la data de 09.12.2015, prin rechizitoriul întocmit de către ... sub nr. 4453/1/2005;

2. Acuzațiile ce i-au fost reținute în sarcină sunt:

a) complicitate la abuz în serviciu, dacă funcționarul a obținut pentru sine sau pentru altul un folos necuvenit

b) dare de mită

3. Acest dosar nu a fost finalizat, este în faza de judecată în fond, iar următorul termen va fi 10.01.2017.

Vă depunem atașat un extras după rechizitoriul Direcției Naționale Anticorupție, care confirmă cele susmenționate”.

Având în vedere motivul invocat de autoritatea contractantă, Consiliul urmează a se raporta în soluționarea prezentei cauze, atât la mențiunile înscrise în cadrul Certificatului constatator nr. 2621/18.01.2017, emis de Ministerul Justiției - Oficiul Național al Registrului Comerțului ORC de pe lângă Tribunalul Constanța, cât și la legislația aplicabilă în domeniul achizițiilor publice.

Verificând Certificatul constatator nr. 2621/18.01.2017, Consiliul constată că:

- la secțiunea „FAPTE AFLATE SUB INCIDENȚA ART 21. lit. e-h) din L 26/1990”, se menționează:

„Urmărire penală:

Act: ORDONANȚĂ din data 09.11.2015 emis de PARCHETUL DE PE LÂNGĂ ÎNALTA CURTE DE CASAȚIE ȘI JUSTIȚIE

Emis de 964, Constanța

Faze: trimitere în judecată

Dosar instanță: 964/P/2014

Motiv: alte motive ale acțiunilor penale, descriere: Ordonanța din 09.11.2015 emisă de PARCHETUL DE PE LÂNGĂ ÎNALTA CURTE DE CASAȚIE ȘI JUSTIȚIE, DIRECȚIA NAȚIONALĂ ANTICORUPȚIE: TRIMITERE ÎN JUDECATĂ

Temei legal: L 286/2009, L135/2010”

-la secțiunea ALTE MENȚIUNI, sunt consemnate următoarele:

Nr. Intrare: 84840 din 09.12.2015

Tip Menționare: Sechestrul părți sociale/acțiuni

Descriere: Hotărâre judecătorească definitivă/act administrative: ordonanța din 07.04.2015 organ emitent Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, DNA - Secția de combatere a infracțiunilor conexe infracțiunilor de corupție, DOSAR PENAL NR. 964/P/2014, ordonanța din 03.12.2015 organ emitent Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, DNA - Secția de combatere a infracțiunilor conexe infracțiunilor de corupție DOSAR PENAL NR. 964/P/ 2014, conținut act: Conform Ordonanței din data de 07.04.2015 emisă de Ministerul Public, Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, DNA - Secția de combatere a infracțiunilor conexe infracțiunilor de corupție, formulate în dosarul 964/P/2014, (...) s-a dispus instituirea sechestrului asigurator asupra tuturor bunurilor mobile și imobile deținute de ... (...). ”.

De asemenea, Consiliul constată că în Rechizitoriu din data de 07.12.2015, se consemnează:

- ..., cercetat în stare de libertate sub aspectul săvârșirii infracțiunii de efectuare de operațiuni comerciale incompatibile cu funcția prev de art. 12 lit. a) din Legea nr. 78/2000 (...);

- (...) SC ... SRL, cercetată sub aspectul săvârșirii unei infracțiuni de complicitate la abuz în serviciu dacă funcționarul a obținut pentru sine sau pentru altul un folos necuvenit prev de art. 48 alin. 1 Cp (...)."

Față de cele prezentate anterior, respectiv mențiunile conținute de Certificatul constatator și în Rechizitoriu, precum și de natura faptelor imputate, Consiliul apreciază că sunt incidente dispozițiile art. 167 din Legea nr. 98/2016, care prevăd:

- alin. (1) lit. c): „(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/ acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: (...) c) a comis o abatere profesională gravă care îi pune în discuție integritatea, iar autoritatea contractantă poate demonstra acest lucru prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi o decizie a unei instanțe judecătorești sau a unei autorități administrative”;

- alin. (2): „Prin excepție de la dispozițiile alin. (1) lit. b), autoritatea contractantă nu exclude din procedura de atribuire un operator economic împotriva căruia s-a deschis procedura generală de insolvență atunci când, pe baza informațiilor și/sau documentelor prezentate de operatorul economic în cauză, stabilește că acesta are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru. Aceasta presupune că respectivul operator economic se află fie în faza de observație și a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente, fie este în cadrul fazei de reorganizare judiciară și respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanță”;

- alin. (3): „În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. c), prin abatere profesională gravă se înțelege orice abatere comisă de operatorul economic care afectează reputația profesională a acestuia, cum ar fi încălcări ale regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor sau încălcări ale drepturilor de proprietate intelectuală, săvârșită cu intenție sau din culpă gravă:

- alin. (4): „Dispozițiile alin. (1) lit. c) sunt aplicabile și în situația în care operatorul economic sau una dintre persoanele prevăzute la art. 164 alin. (2) este supusă unei proceduri judiciare de investigație în legătură cu săvârșirea uneia/unora dintre faptele prevăzute la art. 164 alin. (1)”.

Având în vedere prevederile legale mai sus reiterate, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă a procedat în mod întemeiat la excluderea ofertei contestatoarei, în condițiile în care împotriva persoanei juridice SC ... SRL și împotriva persoanei fizice ..., s-a dispus începerea urmăririi penale de către Ministerul Public – Parchetul de pe lângă Înalta Curți de Casație și Justiție - DNA, având nr. Dosar

964/P/2014, fiind incidente în acest caz prevederile art. 167 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, mai sus citate, coroborate cu cele ale art. 285 și art. 305 din Codul de procedură penală care prevăd următoarele:

- art. 285 – „(1) Când actul de sesizare îndeplinește condițiile prevăzute de lege și se constată că nu există vreunul dintre cazurile care împiedică exercitarea acțiunii penale prevăzute la art. 16 alin. (1), organul de urmărire penală dispune începerea urmăririi penale cu privire la faptă.

(2) Începerea urmăririi penale se dispune prin ordonanță care cuprinde, după caz, mențiunile prevăzute la art. 286 alin. (2) lit. a)-c) și g).

(3) Când din datele și probele existente în cauză rezultă indicii rezonabile că o anumită persoană a săvârșit fapta pentru care s-a început urmărirea penală, procurorul dispune ca urmărirea penală să se efectueze în continuare față de aceasta, care dobândește calitatea de suspect”.

- art. 305 – „(1) Urmărirea penală are ca obiect strângerea probelor necesare cu privire la existența infracțiunilor, la identificarea persoanelor care au săvârșit o infracțiune și la stabilirea răspunderii penale a acestora, pentru a se constata dacă este sau nu cazul să se dispună trimiterea în judecată”.

Mai mult, Consiliul constată că SC ... SRL avea posibilitatea, în urma solicitării de clarificări din partea autorității contractante, cu privire la mențiunile din certificatul constatator să se prevaleze de dispozițiile art. 171 din Legea nr. 98/2016 care prevăd: „(1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

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

(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”.

Ori, în condițiile în care contestatoarea nu a furnizat dovezi și nu a demonstrat, în niciun fel, că măsurile luate de aceasta sunt suficiente pentru a-și proba, în concret, credibilitatea prin raportare la motivele de excludere, enumerarea dovezilor fiind detaliate în mod expres la alin. (3) mai sus reiterat, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă a decis, în mod întemeiat, excluderea ofertei acesteia, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. c), alin. (3) și alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce privește invocarea, de către contestatoare, a dispozițiilor art. 22 alin. (11) din Constituția României, Consiliul nu poate reține ca fiind neconstituțională legislația din domeniul achizițiilor publice, în vigoare, astfel că normele legale enunțate anterior sunt aplicabile. În cazul în care contestatoarea este nemulțumită de conținutul lor, are posibilitatea invocării excepției de neconstituționalitate în fața instanțelor judecătorești, nu a CNSC – ului.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept mai sus prezentate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactată în 4(patru) exemplare, conține 8(opt) pagini.