



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.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. C4/....

Data:

I. Prin contestația nr. 3407/08.11.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 45550/08.11.2019, înaintată de SC ...SA, cu sediul în ..., având CUI ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ..., reprezentată convențional de ..., formulată împotriva adresei nr. 3473/30.10.2019, emisă de ...SA, cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă privind încheierea acordului - cadru având ca obiect „furnizare de echipamente de control de securitate” - Lotul 1, s-a solicitat:

- *anularea adresei nr. 3473/30.10.2019;*
- *constatarea faptului că societatea SC ...FM SRL îndeplinește cerința din fișa de date referitoare la cifra de afaceri;*
- *obligarea entității contractante la continuarea procedurii de atribuire în noile coordonate.*

II. Prin contestația nr. 1990/08.11.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 45580/08.11.2019, depusă de SC ... SRL, cu sediul în București, str. Teiul Doamnei nr. 2, bl. 10, ap. 2, sector 2, având CUI 24526828, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. J40/16453/2008, în calitate de lider al asocierii formată din SC ... SRL și SC ...SA, reprezentată convențional prin ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..., formulată împotriva adreselor nr. 3474/30.10.2019 și 3475/30.10.2019, emise de ...SA, în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă privind încheierea acordului - cadru având ca obiect „furnizare de echipamente de control de securitate” - Lotul 1 și Lotul 2, s-a solicitat:

- anularea deciziei de excludere a asocierii ...din procedura de atribuire și anularea adreselor de comunicare a excluderii nr. 3474/30.10.2019 (Lot 1) și nr. 3475/30.10.2019 (Lot 2), precum și a actelor subsecvente;

- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei asocierii contestatoare, pentru Lot 1 și Lot 2, sub aspectul motivelor de excludere și stabilirea ofertantului câștigător cu respectarea prevederilor legale și a documentației de atribuire.

De asemenea, contestatoarea a solicitat suspendarea procedurii de atribuire, pentru loturile 1 și 2, până la soluționarea fondului contestației. Prin Încheierea nr. 1829/C4/2396 din 19.11.2019, Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea fondului contestației, pe care l-a respins, ca nefondat.

Prin cererea de intervenție în interesul entității contractante nr. 8975/22.11.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 47909/22.11.2019, SC ...SA, cu sediul în, în calitate de participant la procedura în cauză, a solicitat respingerea contestației ca neîntemeiată și menținerea deciziei prin care CN ...SA a exclus din procedură asocierea SC ... SRL – SC ...SA.

III. Prin contestația nr. 2184/05.12.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 50082/06.12.2019, depusă de SC ... SRL, cu sediul în, în calitate de lider al asocierii formată din SC ... SRL și SC ...SA, reprezentată convențional prin Societatea Civilă Profesională de, formulată împotriva deciziei de declarare ca fiind admisibile ofertele depuse de asocierea SC ...SRL, respectiv SC ...SA, emisă de ...SA, în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă privind încheierea acordului - cadru având ca obiect „furnizare de echipamente de control de securitate” - Lotul 1 și Lotul 2, s-a solicitat:

- anularea deciziei de declarare a ofertei Asocierii ...SRL ca fiind admisibilă, respectiv/anularea procesului-verbal privind evaluarea informațiilor din DUAE din 02.10.2019 referitor la oferta Asocierii, precum și a actelor subsecvente;

- obligarea entității contractante la reevaluarea ofertei Asocierii sub aspectul neîndeplinirii cerințelor din fișa de date a achiziției referitoare la cerințele privind capacitatea tehnică și/sau profesională și stabilirea ofertantului câștigător cu respectarea prevederilor legale și a documentației de atribuire;

- anularea deciziei entității contractante de declarare admisibilă a ofertei ...SA sub aspectul informațiilor cuprinse la pct. C - DUAE - motive de excludere referitoare la încetare anticipată a altui contract, daune interese sau alte sancțiuni comparabile, precum și a actelor subsecvente;

- obligarea entității contractante la reevaluarea ofertei ...SA privind neîndeplinirea cerințelor privind excluderea pe baza informațiilor de la

pct. C DUAE - încetare anticipată a altui contract, daune interese sau alte sancțiuni comparabile.

Prin cererea de intervenție accesorie în interesul entității contractante nr. 1279/11.12.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 50997/11.12.2019, SC ...SRL, cu sediul în, în calitate de participant la procedura în cauză, a solicitat:

- *admiterea, în principiu, a cererii de intervenție accesorie;*
- *admiterea, pe fond, a cererii de intervenție accesorie și respingerea contestației formulate de ... SRL ca fiind tardiv introdusă, iar în situația în care a fost introdusă în termen, respingerea contestației ca neîntemeiată în ceea ce privește oferta depusă de asocierea SC ...SRL-SC ...SRL.*

Prin cererea de intervenție accesorie în interesul entității contractante înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 51579/16.12.2019, SC ...SA, cu sediul în, respectiv SC SA, cu sediul în, ambele reprezentate convențional de, au solicitat admiterea cererii de intervenție și respingerea contestației, pe cale de excepție, ca tardiv introdusă, iar pe fond, ca neîntemeiată, și menținerea deciziei entității contractante de declarare ca admisibilă a ofertei depuse de SC ...SA.

Contestațiile și cererile de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 17 din Legea nr. 101/2016 și art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

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 contestațiile de față, prin care SC ...SA critică decizia de respingere a ofertei sale ca inacceptabilă, iar SC ... SRL critică mai întâi decizia entității contractante de excludere din procedură a ofertei Asocierii ... SRL – SC ...SA, iar prin cealaltă contestație critică decizia de declarare ca fiind admisibile ofertele depuse de asocierea SC ...SRL, respectiv SC ...SA, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

I. Prin contestația nr. 3407/08.11.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 45550/08.11.2019, SC ...SA, în calitate de operator economic participant la procedură, reclamă decizia entității contractante de a respinge oferta sa ca inacceptabilă.

Prin adresa nr. 3423/28.10.2019, entitatea contractantă a solicitat societății SC ...FM SRL ca, în conformitate cu prevederile art. 205 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, să depună documentele suport pentru îndeplinirea cerinței referitoare la cifra de afaceri pentru lotul 1, respectiv

cerința de la secțiunea III.1.2) - Capacitatea economică și financiară din fișa de date, potrivit căreia:

Loturile: 1

Cifra de afaceri anuală generală

Cifra de afaceri anuală a ultimilor 3 ani:

Se solicita ca nivelul minim al cifrei de afaceri anuale să fie de minim:

Pentru lot 1 - 2.100.000 euro

SC ...FM SRL susține că a transmis entității contractante răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 8118/29.10.2019, în cuprinsul căruia a arătat că îndeplinește cerința referitoare la cifra de afaceri, întrucât media cifrelor de afaceri obținute de aceasta în anii 2016, 2017 și 2018 depășește plafonul de 2.100.000 euro. În acest sens, contestatoarea a pus la dispoziția entității contractante situațiile contabile aferente exercițiilor financiare ale anilor 2016, 2017 și 2018, din cuprinsul cărora rezultă că cifra de afaceri medie a anilor de referință este următoarea:

6. Cifra de afaceri pe ultimii 3 ani:

Curs euro/lei: Anul 2016/euro= 4,4908, Anul 2017/euro=4,5681, Anul 2018/euro= 4,6535

Anul	Cifra de afaceri anuală la 31 decembrie (mii lei)	Cifra de afaceri anuală la 31 decembrie - echivalent euro -
1. 2016	9.860.417,00	2.195.692,75
2. 2017	8.831.223,00	1.933.237,67
3. 2018	12.902.149,00	2.772.568,82
Medie anuală:	10.531.263,00	2.300.499,75

Cu toate acestea, prin adresa nr. 3473/30.10.2019, entitatea contractantă a arătat că, în urma analizării DUAE și a informațiilor și documentelor prezentate în răspunsul nr. 8118/29.10.2019, a constatat că valoarea cifrei de afaceri pentru anul 2017 (1.9993.237,67 euro) nu corespunde cerinței referitoare la nivelul cifrei de afaceri necesar pentru lotul 1, mai sus menționată. Prin urmare, entitatea contractantă a considerat că oferta depusă de SC ...FM SRL, pentru lotul 1, este inacceptabilă, potrivit art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016, coroborat cu art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016, astfel încât a respins-o în temeiul art. 143 alin. (1) din HG nr. 394/2016.

În lipsa unei mențiuni exprese în fișa de date, în sensul că cifra de afaceri minimă de 2.100.000 euro trebuie să fie atinsă în fiecare din ultimii 3 ani, contestatoarea apreciază că a interpretat cerința prin raportare la dispozițiile cuprinse în art. 190 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016.

Astfel, contestatoarea arată că Legea nr. 99/2016 impune drept cerință minimă de calificare un prag minim valoric global pentru ultimele trei exerciții financiare disponibile. Or, din interpretarea acestei dispoziții legale reiese că cifra minimă anuală se obține ca medie aritmetică a cifrelor de afaceri din ultimele trei exerciții financiare menționate în anunțul de participare.

Totodată, petenta susține că, chiar dacă ar fi rezultat în mod expres din fișa de date a achiziției că se cere ca cifra de afaceri să depășească un prag limită în fiecare din ultimii trei ani, această cerință ar fi avut un caracter excesiv și nelegal, prin raportare la dispozițiile legislației din materia achizițiilor publice.

Prin urmare, pentru a fi legal, orice criteriu privind capacitatea, solicitat de entitatea contractantă, trebuie să îndeplinească următoarele condiții:

- să fie necesar și adecvat pentru a asigura executarea contractului;
- să aibă legătură cu obiectul contractului;
- să fie proporțional prin raportare la obiectul contractului.

În opinia contestatoarei, interpretarea entității contractante cu privire la cerința cifrei minime de afaceri, care rezultă din adresa nr. 3473/30.10.2019, potrivit căreia cifra de afaceri ar trebui să depășească valoarea de 2.100.000 euro în fiecare dintre cei trei ani de referință, chiar dacă cifra de afaceri medie a celor trei ani depășește pragul valoric fixat de entitatea contractantă, este excesiv de restrictivă, disproporționată și nu este necesară pentru a fi asigurată executarea contractului, astfel încât este nelegală.

Având în vedere faptul că SC ...FM SRL a avut o cifră medie de afaceri peste cea prevăzută în fișa de date, este evident că această societate are experiența necesară pentru a executa contractul a cărui atribuire se urmărește prin procedura de achiziție publică contestată. Astfel, cerința impusă de entitatea contractantă nu este justificată de o nevoie a sa, nefiind relevantă pentru îndeplinirea în bune condiții a contractului de achiziție publică.

Prin urmare, aceasta apreciază că cerința îngrădește în mod nejustificat accesul operatorilor economici la procedura de atribuire, astfel încât excluderea din procedură a ofertei sale reprezintă o măsură excesivă a entității contractante.

Totodată, contestatoarea precizează că entitatea contractantă a încălcat și exigențele art. 2 alin. (2) pct. e) din Legea nr. 99/2016, conform căruia principiul proporționalității reprezintă unul dintre principiile care stau la baza atribuirii contractelor sectoriale.

Potrivit jurisprudenței Consiliului, principiul proporționalității este înțeles ca asigurare a corelației dintre necesitatea entității contractante, obiectul contractului de achiziție publică și cerințele solicitate a fi îndeplinite.

Prin urmare, principiul proporționalității presupune ca măsura respingerii ofertelor depuse în cadrul unei proceduri de atribuire să nu fie luată pe considerente pur formale sau nesemnificative ale ofertei.

Dacă ceea ce urmărește entitatea contractantă este dovedirea capacității economice și financiare a operatorilor economici prin intermediul cifrei de afaceri obținute de aceștia în ultimii trei ani, este evident că acest obiectiv poate fi atins prin analizarea cifrei de afaceri

medii, faptul că această cifră a fluctuat în cadrul perioadei de referință fiind irelevant. Prin urmare, condiția impusă prin adresa nr. 3473/30.10.2019 este disproporționată, reprezentând o constrângere inutilă prin raportare la scopul urmărit de entitatea contractantă.

Nu în ultimul rând, menționează că interpretarea restrictivă a condițiilor prevăzute în documentația de atribuire poate conduce la îngrădirea concurenței dintre ofertanți și respingerea unor oferte avantajoase din punct de vedere economic, ceea ce ar fi, în definitiv, în dezacord cu interesul public.

Prin raportare la ansamblul aspectelor menționate, consideră că oferta depusă de societatea ...FM a fost respinsă în mod nejustificat ca inacceptabilă, astfel încât se impune constatarea caracterului conform al acesteia, din perspectiva îndeplinirii condiției referitoare la cifra de afaceri, și continuarea procedurii de atribuire.

Autoritatea contractantă a transmis documentele relevante în soluționarea contestației, atașat punctului său de vedere nr. SACL 4757/13.11.2019, prin care solicită, pe cale de excepție, respingerea acesteia ca fiind tardiv introdusă, iar pe fond, ca neîntemeiată, pentru următoarele considerente:

În ceea ce privește excepția tardivității depunerii contestației, entitatea contractantă susține că S.C. ...S.A., ca și ceilalți ofertanți, a avut cunoștință despre cerința privind capacitatea economică și financiară, respectiv că *"Cifra de afaceri anuală a ultimilor 3 ani: Se solicită ca nivelul minim al cifrei de afaceri anuale să fie de minim: Pentru LOT 1 - 2.100.000 EURO"*, încă de la publicarea fișei de date pe platforma SICAP, respectiv data de 13.06.2019, sens în care, pentru o mai bună înțelegere, putea solicita clarificări sau, în cazul în care considera că este o cerință care restricționează concurența, avea posibilitatea depunerii unei contestații privind acest aspect, oricare din aceste opțiuni fiind, la acest moment, vădit tardive.

În conformitate cu prevederile art. 172 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, operatorii interesați au dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire, prin urmare, S.C. ...S.A. s-a aflat într-o inacțiune în perioada în care putea să se lămurească cu privire la cerințele din documentația de atribuire.

Astfel, o clarificare a aspectelor ce privesc documentația de atribuire, în momentul formulării contestației, este tardivă, în raport de data publicării în SEAP a documentației de atribuire (anunț de participare nr. CN1012032/13.06.2019).

Față de cele susținute de contestatoare cu privire la cerința cifrei minime de afaceri, care rezultă din adresa nr. 3473/30.10.2019, entitatea contractantă consideră că solicitarea sa a respectat principiul proporționalității în raport cu necesitatea și corelând necesitatea cu cerințele din documentația de atribuire. Prin urmare, oferta acestuia a fost declarată inacceptabilă, neîndeplinind și nesatisfacând necesitatea

entității contractante potrivit art. 185 alin. (1) și art. 5 din Legea nr. 99/2016.

În conformitate cu prevederile de mai sus, a solicitat la *Cap. III 1.2. Capacitatea economică și financiară din fișa de date; Cifra de afaceri anuală a ultimilor 3 ani: Se solicită ca nivelul minim al cifrei de afaceri anuale să fie de minim; lot 1 - 2.100.000 Euro*

Prevederile art. 188 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, instituie condiție obligatorie a cifrei de afaceri: (...) *nu poate depăși de două ori valoarea estimată a contractului sectorial sau, după caz, valoarea maximă anticipată a contractelor subsecvente ce urmează a se executa în același timp sau, dacă aceasta nu este cunoscută, la valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent.*

Prin stabilirea cerinței din fișa de date de la Cap. III 1.2. Capacitatea economică și financiară, entitatea contractantă susține că s-a raportat la importanța și anvergura unui asemenea acord-cadru de furnizare, ținând cont atât de respectarea tuturor principiilor prevăzute de legislația în domeniu, cât și de asigurarea unui cadru concurențial adecvat, raportând nivelul minim al cifrei de afaceri pentru fiecare din ultimii trei ani la o valoare aferentă unei cantități de aproximativ 25% din valoarea totală estimată a celui mai mare contract subsecvent. S-a menționat acest aspect, întrucât, în opinia entității, se putea solicita un nivel egal cu valoarea celui mai mare contract subsecvent, respectiv 8.083.233,2 euro.

Entitatea contractantă, folosind exprimarea „nivelul minim al cifrei de afaceri anuale” a exprimat foarte clar că îndeplinirea nivelului minim este pentru fiecare an în parte, sens în care contestația este neîntemeiată.

Mai mult decât atât, contestatoarea a oferit informațiile pentru fiecare an în parte, nefăcând nici o precizare cu privire la media cifrei de afaceri din ultimii trei ani.

Prevederile art. 190 alin. 1 lit. c) din Legea nr. 99/2016 prevăd: *c) o declarație privind cifra totală de afaceri a operatorului economic și, acolo unde este cazul, cifra de afaceri din domeniul de activitate care face obiectul contractului, pentru cel mult ultimele 3 exerciții financiare disponibile, în funcție de data înființării sau începerii activității operatorului economic, în măsura în care informațiile privind cifrele de afaceri sunt disponibile.*

După cum se poate observa din prevederile articolului de mai sus, coroborat cu solicitarea entității contractante din documentația de atribuire, operatorul economic trebuia să facă dovada îndeplinirii cerinței pentru un nivel al cifrei de afaceri totale pentru fiecare an din ultimele 3 exerciții financiare disponibile.

După cum prevede și art. 27 alin. (1) din Legea nr. 82/1991 cu modificări și completările ulterioare, exercițiu financiar reprezintă perioada pentru care trebuie întocmite situațiile financiare anuale.

Cu privire la cele susținute de SC ...FM SRL în contestație, entitatea contractantă menționează că acesta a interpretat în mod corect cerința stabilită și a răspuns în consecință solicitării CNAB-SAA 3423/28.10.2019, fapt ce reiese din adresa nr. 8118/29.10.2019, prin defalcarea cifrei de afaceri pe fiecare an, respectiv, 2016 - 2.195.692,75 Euro; 2017 - 1.933,237.67 Euro; 2018 - 2.772.568,82 Euro.

Solicitarea îndeplinirii cerințelor prin documentele justificative care probează îndeplinirea cerinței privind capacitatea economică și financiară stabilită prin documentația de atribuire reprezintă o asigurare a faptului că potențialul ofertant câștigător va avea capacitate financiară să ducă la bun sfârșit obligațiile contractuale, precum și capacitatea de a acoperi eventualele prejudicii ce ar putea rezulta din neexecutarea obligațiilor contractuale.

În ipoteza în care ...FM considera că nu poate îndeplini singur cerința solicitată putea recurge la capacitatea altor entități, după cum prevede și Legea nr. 99/2016 cât și fișa de date, respectiv prin invocarea susținerii în cadrul ofertării.

În accepțiunea entității contractante o reanalizare a acestora ar conduce la încălcarea principiului tratamentului egal față de ceilalți ofertanți și la crearea unui avantaj contestatoarei.

Totodată, entitatea contractantă consideră că, prin afirmațiile contestatoarei „Or, interpretarea autorității contractante cu privire la cerința cifrei minime de afaceri, care rezultă din Adresa nr. 34 73/30 octombrie 2019, potrivit căreia cifra de afaceri ar trebui să depășească valoarea de 2.100.000 euro la fiecare dintre cei trei ani de referință, chiar dacă cifra de afaceri medie a celor trei ani depășește pragul valoric fixat de autoritate”, aceasta se subrogă entității contractante, nelăsându-i apanajul de a-și formula cerințele conform necesității și legislației în domeniu, întrucât operațiunile de întocmire a documentației aferente achiziției intră în sarcina sa și nu a ofertanților.

Rigorile entității contractante au fost stabilite în raport cu prevederile legale și niciunde în legislația în vigoare nu se prevede dreptul ofertantului de a impune modificarea documentației de atribuire, mai mult nu se stabilește obligația entității contractante de a modifica documentația de atribuire după cum solicită sau propune fiecare ofertant.

Față de cele arătate mai sus, entitatea contractantă susține că a asigurat condiții pentru o concurență reală, o șansă reală o fiecărui ofertant în vederea depunerii ofertelor, cât și o șansă egală a fiecăruia ofertant de a obține contractul de achiziție sectorial.

Tratamentul egal a fost respectat în totalitate de către entitatea contractantă prin stabilirea de cerințe și criterii identice pentru toți ofertanții pentru fiecare lot în parte din cadrul procedurii, tocmai în vederea respectării tratamentului egal și nu a creat un avantaj pentru un anumit operator economic în defavoarea altor operatori economici.

Urmare punctului de vedere transmis de autoritatea contractantă, contestatoarea a depus adresa nr. 3496/15.11.2019, înregistrată la Consiliu cu nr. 46777/15.11.2019, prin care învederează următoarele:

I. Referitor la excepția tardivității invocată de entitatea contractantă, petenta solicită respingerea acesteia ca neîntemeiată, motivând astfel:

În fișa de date a achiziției nu a fost menționată necesitatea precizării cifrei de afaceri pentru fiecare an în parte în vederea îndeplinirii cerinței privind situația economică și financiară, astfel încât s-a raportat la dispozițiile art. 190 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016, indicând cifra totală de afaceri pentru ultimele trei exerciții financiare. Prin urmare, contestatoarea susține că nu a avut în vedere mai multe posibile interpretări ale cerinței privind situația economică și financiară, acesta fiind și motivul pentru care nu a solicitat clarificări cu privire la cerința în discuție și nici nu a formulat contestație împotriva acesteia.

Totodată, prin adresa de solicitare de clarificări nr. 3423/28 octombrie 2019, autoritatea contractantă a cerut numai ca societatea ...FM să depună documentele suport pentru îndeplinirea cerinței de la secțiunea III.1.2) - Capacitatea economică și financiară, fără a preciza și faptul că ar trebui ca aceasta să facă dovada depășirii pragului de 2.100.000 euro în fiecare dintre cei trei ani de referință.

Astfel, prin Răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 8118/29 octombrie 2019, ...FM a arătat că îndeplinește cerința referitoare la cifra de afaceri, întrucât media cifrelor de afaceri ale acesteia din ultimii trei ani depășește pragul de 2.100.000 euro. Totodată, contestatoarea a arătat că s-a raportat la media cifrelor de afaceri, întrucât a avut în vedere prevederile art. 190 lit. c) din Legea nr. 99/2019 și jurisprudența CNSC în materie.

Petenta arată că, ulterior, prin adresa nr. 3473/30.10.2019, CNAB i-a transmis decizia de respingere a ofertei acesteia ca fiind inacceptabilă, întrucât valoarea cifrei de afaceri din anul 2017 nu corespunde cerinței pentru Lotul 1 de la Cap. III. 1.2 din fișa de date. Prin urmare, faptul că autoritatea contractantă a urmărit ca operatorii economici participanți la procedura de atribuire să fi indicat cifra de afaceri obținută în fiecare dintre cei trei ani de referință a rezultat din cuprinsul adresei nr. 3473/30.10.2019, fiind deci justificat faptul că ...FM a atacat această adresă. Or, termenul de contestare de 10 zile, prevăzut de art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 a început să curgă atunci când a luat la cunoștință de conținutul adresei nr. 3473/10.10.2019, astfel încât apreciază contestația formulată în termen.

II. Contrar susținerilor entității contractante, petenta apreciază contestația ca fiind întemeiată, astfel:

În fișa de date publicată la data de 6.06.2016 nu se menționează necesitatea precizării cifrei de afaceri pentru fiecare an în parte, astfel încât ...FM a interpretat cerința referitoare la situația economică și financiară prin raportare la dispozițiile art. 190 alin. (1) lit. c) din Legea

nr. 99/2016, din cuprinsul cărora rezultă că operatorii economici trebuie să facă dovada cu privire la cifra totală de afaceri pentru cel mult ultimele trei exerciții financiare.

Aceasta precizează că a indicat cifrele de afaceri obținute în anii 2016, 2017 și 2018 în vederea dovedirii faptului că media cifrelor de afaceri din cursul acestor trei ani depășește valoarea de 2.100.000 euro.

În opinia petentei, cerința referitoare la situația economică și financiară, interpretată în sensul indicat de către entitatea contractantă, apare ca fiind excesivă și nelegală, prin raportare la prevederile art. 185 alin. (3) și (5) și art. 188 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, precum și art. 37 alin. (1) și (2) din HG nr. 394/2016. Potrivit acestor prevederi, entitatea contractantă poate stabili numai cerințe proporționale, care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că un ofertant are situația economică și financiară pentru a executa contractul, cerințele cu caracter excesiv fiind nepermise, întrucât acestea restricționează participarea la procedura de atribuire.

Or, atâta timp cât operatorii economici au avut media cifrei de afaceri din ultimii trei ani peste pragul fixat, este cât se poate de clar că aceștia au capacitatea de a executa contractul a cărui atribuire se urmărește prin procedura de achiziție publică, fiind nejustificată restricționarea accesului lor la această procedură ca urmare a fluctuațiilor normale ale cifrei de afaceri. În acest sens este invocată jurisprudența CNSC și, în consecință, consideră irelevant că CNAB a respectat pragurile impuse de art. 188 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, câtă vreme aceasta solicită îndeplinirea unei cerințe care nu este necesară și adecvată pentru îndeplinirea contractului.

O altă problemă care se pune în legătură cu stabilirea unui prag minim al cifrei de afaceri anuale este aceea că există posibilitatea ca un operator economic care și-a început activitatea în ultimul an de referință, dar a obținut o cifră de afaceri peste pragul prevăzut în fișa de date, să fie preferat față de un alt operator economic, care și-a desfășurat activitatea pe parcursul tuturor celor trei ani, a obținut o medie a cifrei de afaceri care depășește nivelul minim stabilit de către autoritatea contractantă, însă cifra de afaceri a acestuia a fluctuat și sub acest nivel minim. Or, o astfel de distincție este în mod evident arbitrară, neavând nicio legătură cu riscul de neîndeplinire a contractului.

Urmare adresei nr. 3496/15.11.2019, entitatea contractantă a comunicat concluziile scrise având nr. SACL 4885/18.11.2019, înregistrate la Consiliu cu nr. 47091/18.11.2019, prin care solicită respingerea contestației, în principal, ca tardiv formulată și în subsidiar ca neîntemeiată și menținerea în tot a actelor sale, având în vedere argumentele dezvoltate în punctul de vedere CNAB-SACL nr. 4757/13.11.2019, pe care le menține.

II. Prin cea de a doua contestație nr. 1990/08.11.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 45580/08.11.2019, formulată de SC ... SRL, în calitate de operator

economic participant la procedură, critică decizia entității contractante de excludere din procedură a ofertei Asocierii ... SRL – SC ...SA, solicitând:

- *anularea deciziei de excludere a asocierii ...din procedura de atribuire și anularea adreselor de comunicare a excluderii nr. 3474/30.10.2019 (Lot 1) și nr. 3475/30.10.2019 (Lot 2), precum și a actelor subsecvente;*

- *obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei asocierii contestatoare, pentru Lot 1 și Lot 2, sub aspectul motivelor de excludere și stabilirea ofertantului câștigător cu respectarea prevederilor legale și a documentației de atribuire.*

În data de 30.10.2019, petentei i-au fost comunicate următoarele adrese:

- Adresa nr. 3474/30.10.2019 pentru Lotul 1, prin care i se aduce la cunoștință că Asocierea ...a fost exclusă din procedura de atribuire pentru Lot 1, întrucât la data de 24.09.2019, în dosarul nr. 29450/3/2017, a fost respinsă cererea de confirmare a planului de reorganizare și s-a dispus intrarea în faliment prin procedura generală a societății ...SA, societate care participă în calitate de asociat la procedura de atribuire și, prin urmare, au devenit incidente prevederile art. 180 alin. (1) lit. b) coroborat cu art. 182 din Legea nr. 99/2018.

- Adresa nr. 3474/30.10.2019 pentru Lotul 2, prin care i se aduce la cunoștință că Asocierea ...a fost exclusă din procedura de atribuire pentru Lot 2, întrucât la data de 24.09.2019, în dosarul nr. 29450/3/2017, a fost respinsă cererea de confirmare a planului de reorganizare și s-a dispus intrarea în faliment prin procedura generală a societății ...SA, societate care participă în calitate de asociat la procedura de atribuire și, prin urmare, au devenit incidente prevederile art. 180 alin. (1) lit. b) coroborat cu art. 182 din Legea 99/2018.

În fapt, după depunerea ofertelor, asocierea ...a primit două solicitări de clarificări, pentru fiecare lot în parte, astfel: nr. 2791/23.09.2019 (pentru Lot 1) și nr. 2974/23.09.2019 (pentru Lot 2), prin care i s-a solicitat transmiterea detaliilor referitoare la activitățile desfășurate de fiecare asociat în parte în acordul - cadru ce face obiectul procedurii de achiziție, la care a răspuns prin adresele nr. 1911/25.09.2019 și nr. 1912/25.09.2019.

Contestatoarea apreciază netemeinică și nelegală decizia de excludere a Asocierii ...din procedura de atribuire pentru ambele loturi, fiind emisă cu încălcarea dispozițiilor legale referitoare la cazurile de excludere a operatorilor economici prevăzute la art. 180 din Legea nr. 99/2016, având în vedere că:

- Hotărârea intermediară de respingere a planului de reorganizare și trecere la faliment a asociatului ...SA, ce constituie motivul excluderii ofertei Asocierii ..., era suspendată prin hotărâre a instanței de judecată la data aprobării Raportului procedurii, astfel că nu subzistă motivul de excludere invocat de CNAB; autoritatea contractantă avea obligația solicitării de informații actualizate la data deciziei de excludere;

- Operatorul economic aflat în insolvență nu poate fi exclus din procedura de atribuire a contractelor de achiziție publică, fără a se verifica de către entitatea contractantă îndeplinirea condițiilor cu privire la capacitatea operatorului de a continua activitatea și de a executa obligațiile contractului de achiziție publică.

I. Nelegalitatea și netemeinicia deciziei de excludere a Asocierii ...emisă în temeiul dispozițiilor art. 180 alin. (1) lit. b), cu privire la stadiul dosarului de insolvență privind pe asociatul ...SA:

Contestatoarea susține că situația de excludere reglementată la art. 180 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 99/2016 nu este aplicabilă ofertei Asocierii ..., fiind incidentă excepția prevăzută de alin. (2) al articolului respectiv.

Entitatea contractantă arată că a luat cunoștință de informațiile din dosarul nr. 29460/3/2017, având ca obiect insolvență asociatului ...SA și a constatat că în cauză, la data de 24.09.2019, s-a respins cererea de confirmare a planului de reorganizare a societății și s-a dispus trecerea la faliment, însă la data la care a luat cunoștință de această informație și cu mult înainte de data deciziei de excludere din procedură, pe portalul instanțelor la dosarul respectiv era înregistrată mențiunea că hotărârea a fost atacată cu apel și că a fost formulată cerere de suspendare a hotărârii în cauză. Conform dispozițiilor art. 9 din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, numai hotărârile pronunțate în apel de Curțile de Apel sunt definitive, iar potrivit art. 43 alin. (5) lit. c) din Legea nr. 85/2014 hotărârea prin care se decide intrarea în faliment poate face obiectul unei cereri de suspendare a executării acesteia.

În plus, petenta precizează că a arătat și în adresele nr. MTG 2185/30.10.2019 și MTG 2184/30.10.2019, că la data excluderii din procedură fusese deja pronunțată de către Curtea de Apel București Secția a V-a Civilă, în dosarul 29450/3/2017, încheierea nr. 74/09.10.2019 de suspendare provizorie a executării Hotărârii intermediare nr. 5042/24.09.2019, până la soluționarea cererii de suspendare formulată în cererea de apel.

În aceste condiții, la data comunicării deciziei de excludere, respectiv 30.10.2019, ...SA nu putea fi respinsă pe motivul intrării în faliment, de vreme ce executarea acestei hotărâri era suspendată prin hotărâre judecătorească.

O hotărâre judecătorească a cărei executare a fost suspendată de către instanța de judecată nu produce niciun efect pe toată durata suspendării, iar situația juridică preexistentă acestei hotărâri subzistă în continuare: asocierea ..., la data respingerii, se afla în perioada de observație, cu plan de reorganizare aprobat de Adunarea Creditorilor.

În opinia contestatoarei, entitatea contractantă avea obligația de a solicita acesteia documente actualizate cu privire la informațiile cuprinse în DUAE și cu privire la informațiile pe care le primește pe căi proprii de documentare.

Simpla informare de pe portalul instanțelor la un moment anterior deciziei cu privire la excludere, într-un mod incomplet și fără a verifica această informație și a solicita clarificări, constituie o încălcare a prevederilor art. 205 din Legea nr. 99/2016, precum și a recomandării din considerentul (85) al Directivei 2014/24/UE, conform căreia *„Este important ca deciziile autorităților contractante să se bazeze pe informații recente, în special cu privire la motivele de excludere, dat fiind că pot interveni modificări importante destul de rapid [...]”*.

Se menționează că singura situație în care autoritatea contractantă are dreptul de a respinge o ofertă fără posibilitatea de a solicita clarificări este atunci când operatorul economic însuși completează DUAЕ cu informații care fac dovada neîndeplinirii cerințelor de calificare și selecție, nu situația în care autoritatea contractantă identifică potențiale cauze de excludere/respingere:

„Situațiile care conduc la respingerea ofertei/candidaturii fără posibilitatea de a solicita clarificări privind DUAЕ vizează inadverdențe de fond, respectiv reprezintă acele informații completate de către ofertanți/candidați care nu confirmă îndeplinirea cerințelor minime de calificare/selecție formulate de către autoritatea/entitatea contractantă în fișa de date a achiziției”.

În cauza de față, Asocierea ...nu a prezentat informații care să conducă la excluderea sa din procedură, astfel că, prin raportare la prevederile art. 133 alin. (1) lit. i), comisia de evaluare a entității contractante a încălcat atribuția de stabilire și elaborare a solicitării de clarificări pentru stabilirea situație actualizate a stării de insolvență a ...SA.

II. Nelegalitatea deciziei de excludere a Asocierii ...în temeiul dispozițiilor art. 180 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 99/2016.

Referitor la situația operatorului economic care se află în procedura insolvenței alin. (2) al articolului sus menționat din Legea nr. 99/2016 stabilește o derogare de la cazul de excludere în situația ofertantului aflat în procedura insolvenței.

Reglementarea situației de excepție de la regula generală reprezintă dovada incontestabilă a faptului că, prin acest caz de excludere, prevăzut la art. 180 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 99/2016, legiuitorul nu a dorit să limiteze de plano participarea la proceduri de atribuire a unui operator economic aflat în insolvență, ci doar să ofere entității contractante pârghiile necesare pentru a se asigura că, în situația în care un astfel de operator economic va fi desemnat câștigător al unei proceduri de atribuire, acesta are capacitatea de a își îndeplini obligațiile asumate.

În esență, premisa de la care pornește situația de excludere reglementată la art. 180 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 99/2016 este aceea că operatorul economic se află în stare de insolvență și nu reușește/reușește să demonstreze: (i) că are capacitatea de a executa contractul sectorial/acordul - cadru; sau (ii) că a adoptat măsurile

necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare ce permite continuarea, de o manieră fezabilă, a activității sale curente; sau (iii) că respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanță (în situația în care procedura insolvenței a ajuns în acea etapă). Totuși, ori de câte ori operatorul economic insolvent demonstrează, prin orice mijloace, faptul că are capacitatea de a executa contractul, acesta nu poate fi exclus din procedura de atribuire.

Ceea ce interesează entitatea contractantă în sensul art. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 este ca operatorul economic împotriva căruia s-a deschis procedura generală de insolvență să fie în situația de a continua activitatea.

Entitatea contractantă, prin excluderea Asocierii ...ca urmare a stării de insolvență a asociatului ...SA, încalcă în același timp și prevederile art. 77 alin. (6) din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență: *„Debitorul aflat în procedura insolvenței nu poate fi împiedicat să participe la licitații publice pentru motivul deschiderii procedurii”*.

Principiul statuat de Legea nr. 85/2014 este că debitorul aflat în insolvență sau reorganizare are aceleași drepturi ca orice operator economic, fapt statuat și de dispozițiile art. 341 din lege.

Prin urmare, interpretând dispozițiile art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 prin coroborare cu cele ale art. 57 alin. (6) din Directivă, pe care le transpune, reiese că autoritatea contractantă permite participarea la procedura de atribuire a unui operator economic aflat în stare de insolvență, atât timp cât acesta din urmă va furniza dovezi, considerate suficiente de către autoritatea contractantă din care să rezulte că acesta are capacitatea de a îndeplini contractul de achiziție publică.

III. Îndeplinirea de către Asocieria ...a situației premisă prevăzută de dispozițiile art. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2016

Contestatoarea reiterează faptul că entitatea contractantă, luând act de starea de insolvență a asociatului ...SA și despre propunerea unui plan de reorganizare, avea obligația prevăzută de dispozițiile art. 205 din Legea nr. 99/2016 de a solicita clarificări în legătură cu măsurile adoptate privind continuarea activității.

În situația solicitării de clarificări, entitatea contractantă ar fi constatat că:

- Prin Încheierea pronunțată la data de 22.08.2017 de către Tribunalul București, Secția a VII-a civilă în dosarul nr. 29450/3/2017, s-a deschis procedura generală de insolvență privind pe ...SA, la cererea acesteia;

- Prin declarația SC ...SA depusă în cadrul cererii de deschidere a procedurii, societatea și-a arătat intenția de reorganizare, fiind descrise activitățile pe care le are în vedere în acest scop, fiind vădită intenția de continuare a activității în sensul prevăzut de dispozițiile art. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2016; acest fapt a fost menționat și în Raportul

administratorului judiciar cu privire la cauzele și împrejurările care au dus la apariția stării de insolvență, publicat în BPI în data de 14.11.2017;

- Dreptul de administrare al societății nu a fost ridicat, ceea ce înseamnă că în perioada de observație activitatea curentă a societății a continuat sub supravegherea administratorului și nu sub conducerea acestuia;

- ...SA nu avea înregistrate, la data excluderii din procedură, datorii curente la bugetul general consolidate al statului și bugetul local;

- La data de 15.07.2019, Adunarea Creditorilor ...SA a hotărât acceptarea Planului de reorganizare a activității acesteia, conform Procesului verbal publicat în BPI nr. 13943/15.07.2019;

- Prin Hotărârea intermediară nr. 5042/24.09.2019 s-a respins Planul de reorganizare aprobat de Adunarea Creditorilor și s-a dispus trecerea la faliment a ...SA;

- În Încheierea nr. 74, pronunțată în data de 09.10.2019 de Curtea de Apel București în dosarul nr. 5422/2/2019, având ca obiect cererea de suspendare provizorie a executării sentinței privind respingerea planului de reorganizare și intrarea în faliment, instanța a admis suspendarea constatând că: *„Referitor la susținerile reclamantei care, în justificarea cererii de suspendare a arătat că nu a înregistrat nicio datorie curentă, iar de la începutul perioadei de insolvență și până în prezent a participat la un număr de peste 41 de proceduri de achiziție publică, câștigând un număr de 16 care au fost derulate în bune condiții, finalizate fără existența vreunei penalizări din partea autorităților contractante, Curtea constată că ele sunt conforme mențiunilor din rapoartele întocmite de administratorul judiciar și aflate la dosarul de insolvență și nu au fost contestate în cauză. Astfel, în raportul întocmit cu privire la activitatea debitoare în perioada mai-iunie 2019, precum și în cel cu privire la activitatea debitoare în luna iunie 2019 au fost menționate contractele noi încheiate de debitoare și stadiul fiecăreia dintre ele. Se observă că o parte din contracte poartă mențiunea "în derulare".* Rezultă din acestea că instanța de judecată a constatat că debitoarea are capacitatea de a derula contracte, inclusiv de achiziție publică și că suspendarea efectelor hotărârii de trecere la faliment este de natură să preîntâmpine prejudicii însemnate debitoare care se află în raporturi contractuale cu autorități contractante sau alți beneficiari.

V. Operatorul economic, respectiv Asocieria ..., care a depus ofertă în procedura de atribuire, nu a intrat în insolvență; starea de insolvență este incidentă doar în privința

Legat de starea de insolvență a, petenta precizează că operatorul economic care a depus ofertă în procedura de atribuire, respectiv Asocieria ..., este compus din două entități (...fiind doar una dintre aceste entități asociate). Or, operatorul economic participant la procedura de atribuire nu se află în insolvență (în insolvență aflându-se doar unul dintre membrii asocierii, respectiv).

Potrivit art. 3 alin. (1) lit. ii) din Legea nr. 99/2016: operatorul economic este definit ca „orice persoană fizică sau juridică (...) inclusiv orice asociere temporară formată între două sau mai multe dintre aceste entități”.

În concluzie, câtă vreme textul legal permite ca un operator economic, persoană fizică sau juridică (și care nu participă în asociere), aflat în insolvență, să participe în continuare la procedura de atribuire, dacă acesta demonstrează că are capacitatea de a executa contractul, cu atât mai mult trebuie permisă participarea la prezenta procedură de atribuire, dat fiind că membrii asocierii, împreună cu/inclusiv, care se află în insolvență, demonstrează capacitatea de a executa contractul.

Entitatea contractantă a transmis documentele necesare în soluționarea contestației ..., atașând punctul său de vedere nr. 4763/13.11.2019, înregistrat la Consiliu cu nr. 46275/13.11.2019, prin care solicită respingerea contestației, astfel:

- în cazul neconstituirii cauțiunii stabilite, respingerea contestației în temeiul art. 61¹ alin. (1) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016 pentru ambele loturi;

- pe fond, respingerea ca neîntemeiată și pe cale de consecință menținerea în tot a actelor emise de către CNAB, din următoarele considerente:

I. Pe cale de excepție, entitatea contractantă solicită respingerea contestației pentru nerespectarea de către asocieria contestatoare a dispozițiilor art. 61¹ alin. (1) și (2) din Legea nr. 101/2016 pentru ambele loturi.

II. În ceea ce privește fondul cauzei, aceasta solicită respingerea contestației formulate de ASOCIEREA ... - lider și ...SA – asociat, ca neîntemeiată, având în vedere următoarele considerente:

Motivele pentru care oferta ASOCIERII ... - ...SA a fost declarată exclusă, aflându-se sub incidența art. 180 alin. (1) lit. b) coroborat cu art. 182 din Legea nr. 99/2016, sunt următoarele:

Prin fișa de date - secțiunea III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului s-au solicitat următoarele:

Ofertanții, ofertanții asociați, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 177, 178, 180 din Legea nr. 99/2016.

Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței: se va completa DUAЕ, conform art. 202-204 din Legea nr. 99/2016 și conform Notificării ANAP nr. 240/2016, de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile aferente situației lor.

De asemenea, odată cu depunerea DUAЕ, ofertanții vor prezenta, dacă este cazul, angajamentul terțului susținător, acordul de subcontractare și acordul de asociere, cu detalierea modalității de susținere, a responsabilităților și a cotei de participare a fiecărui terț/subcontractant/asociat, după caz.

NOTA 2: Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ urmează a fi prezentate, la solicitarea entităţii contractante, doar de ofertantul a cărei ofertă s-a clasat pe locul I după analiza şi evaluarea preliminară a ofertei.

Documentele justificative se vor prezenta conform art. 205 din Legea nr. 99/2016 de către fiecare asociat în parte în caz de ofertă comună, iar în caz de subcontractare atât de ofertant, cât şi de subcontractant/ţi, iar în cazul ofertei susţinute de terţ/i documentele se vor prezenta atât de ofertant, cât şi de terţul/ii susţinător/i.

Potrivit dispoziţiilor art. 202 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016: „Entitatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAЕ, care constă într-o declaraţie pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autorităţile publice sau de către terţi care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplineşte următoarele condiţii:

a) nu se află în niciuna dintre situaţiile de excludere prevăzute la art 177, 178 şi 180."

DUAЕ depus în cadrul procedurii de către ASOCIEREA ... - ...SA a fost analizat de către comisia de evaluare.

Buletinul procedurilor de insolvenţă este document public, iar din consultarea acestuia şi a portalului instanţelor de judecată, www.portal.just.ro, entitatea contractantă a verificat situaţia de fapt, pe baza informaţiilor şi/sau documentelor prezentate de către contestatoare.

Potrivit art. 180 din Legea nr. 99/2016 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 99/2016:

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

b) se află în procedura insolvenţei sau în lichidare, în supraveghere judiciară, sau în încetarea activităţii."

Entitatea contractantă susţine că este îndreptăţită să stabilească, având în vedere şi principiul asumării răspunderii, dacă o ofertă se încadrează sau nu în excepţia reglementată de legiuitor prin art. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, textul nefiind unul imperativ, care să oblige entitatea contractantă la menţinerea în procedură a operatorului economic.

Astfel, conform portalului instanţelor de judecată, www.portal.just.ro, entitatea contractantă a luat la cunoştinţă de faptul că instanţa de judecată s-a pronunţat în dosarul nr. 29450/3/2017, prin Hotărârea nr. 5042/2019 din data de 24.09.2019, prin care a respins cererea de confirmare a planului de reorganizare. În temeiul art. 140 alin. (5) şi art. 145 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenţei şi de insolvenţă a dispus intrarea în faliment prin procedura generală a debitoarei ...S.A. În temeiul art. 145 alin. (2) din Legea nr. 85/2014 a dispus dizolvarea societăţii

debitoare. A dispus sigilarea bunurilor din averea debitoare, în sarcina lichidatorului judiciar. A stabilit termen de maxim 5 zile de la data notificării deschiderii procedurii falimentului, de predare a gestiunii averii de la debitor/administratorul judiciar către lichidatorul judiciar, împreună cu lista actelor și operațiunilor efectuate după deschiderea procedurii prevăzute la art. 84 alin. (2) din Legea nr. 85/2014.

Hotărârea nr. 5042/2019 din data de 24.09.2019 a fost publicată în Buletinul Procedurilor de Insolvență nr. 19025 din 09 octombrie 2019:

"În tabelul definitiv al creanțelor societății debitoare sunt înscrise patru categorii de creanțe: creanțe garantate, creanțe salariale, creanțe bugetare și creanțe chirografare.

Potrivit art. 138 alin. (4) din Legea nr.85/2014 „Un plan va fi socotit acceptat de o categorie de creanțe dacă în categoria respectivă planul este acceptat de o majoritate absolută din valoarea creanțelor din acea categorie”.

Analizând procesul-verbal al adunării creditorilor din data de 15.07.2019 (f. 145-153 V15), instanța reține că, creditorii garantați au acceptat planul cu un procent de 83,15% din categorie, creditorii salariați au acceptat planul 100% din categorie, creditorii bugetari au respins planul cu 99,95% din voturi și creditorii chirografari cu un procent de 60,24% au acceptat planul.

Instanța reține că, potrivit art. 139 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 85/2014, planul este confirmat cu condiția ca fiecare categorie defavorizată de creanțe care a respins planul să fie supusă unui tratament corect și echitabil prin plan. Or, potrivit art. 139 alin. (2) din Legea nr. 85/2014 „Tratament corect și echitabil există atunci când sunt îndeplinite cumulativ următoarele condiții: a) niciuna dintre categoriile care resping planul și nicio creanță care respinge planul nu primesc mai puțin decât ar fi primit în cazul falimentului; b) nicio categorie sau nicio creanță aparținând unei categorii nu primește mai mult decât valoarea totală a creanței sale; c) în cazul în care o categorie defavorizată respinge planul, nicio categorie de creanțe cu rang inferior categoriei defavorizate neacceptante, astfel cum rezultă din ierarhia prevăzută la art. 138 alin. (3), nu primește mai mult decât ar primi în cazul falimentului”.

În cauză, instanța a reținut că această categorie a creanțelor bugetare este o categorie defavorizată, astfel cum s-a reținut și prin planul propus, la punctul 7.1 (fila 55 a planului, 105 V 15 dosar), plățile fiind eşalonate pe un termen de 3 ani. Această categorie defavorizată a respins planul, deci trebuie supusă unui tratament corect și echitabil, astfel cum acesta a fost definit mai sus.

Potrivit art. 139 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 85/2014, dacă această categorie a creanțelor este o categorie defavorizată care a respins planul, trebuie ca nicio categorie de creanțe cu rang inferior categoriei defavorizate neacceptante, astfel cum rezultă din ierarhia prevăzută la

art. 138 alin. (3), nu primește mai mult decât ar primi în cazul falimentului.

În speță, potrivit ierarhiei prevăzute de art. 138 alin. (3) din Legea nr. 85/2014, creanțele chirografare sunt cu rang inferior creanțelor bugetare și primesc mai mult decât ar primi în caz de faliment. Astfel, în caz de faliment, creanțele chirografare primesc 0% potrivit mențiunilor din plan (fila 59 plan, 109 V15 dosar), iar în caz de reorganizare 8,5613% eşalonat în 3 ani (fila 61 plan, f. 111V15 dosar), plățile fiind detaliate în programul de plăți anexat planului de reorganizare.

Față de cele reținute mai sus, instanța va respinge cererea de confirmare a planului de reorganizare, având în vedere că nu se respectă tratamentul corect și echitabil.

Pe cale de consecință, judecătorul sindic reține incidența dispozițiilor art. 140 alin. 5 și 145 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 85/2014, care stabilesc faptul că dacă niciun plan nu este confirmat și termenul pentru propunerea unui plan, în condițiile art. 132, a expirat, judecătorul-sindic va dispune începerea de îndată a procedurii falimentului, în condițiile art. 145, care stabilesc că judecătorul-sindic va decide, prin sentință sau, după caz, prin încheiere, în condițiile art. 71, intrarea în faliment în următoarele cazuri: (...) b) debitorul și-a declarat intenția de reorganizare, dar nu a propus un plan de reorganizare sau planul propus de acesta nu a fost acceptat și confirmat.

Având în vedere faptul că cererea de confirmare a planului de reorganizare propus de către debitoare, prin administrator-judiciar va fi respinsă, judecătorul-sindic va dispune deschiderea procedurii generale a falimentului împotriva debitoarei SC ...SA.

În temeiul art. 145 alin. (2) din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență judecătorul-sindic va dispune dizolvarea societății debitoare. Totodată, instanța va dispune sigilarea bunurilor din averea debitoarei, în sarcina lichidatorului judiciar (...)"

Contestatoarea a formulat apel împotriva Hotărârii civile nr. 5042/2019 din data de 24.09.2019. Instanța a admis cererea de suspendare. A dispus suspendarea executării sentinței civile nr. 5042/24.09.2019 până la soluționarea apelului. Fără cale de atac. Pronunțată în ședință publică, azi, 22.10.2019. Document: încheiere de ședință din data de 22.10.2019.

Încheierea de ședință din data de 22.10.2019 a fost publicată în Buletinul Procedurilor de Insolvență nr. 20463 din 29 octombrie 2019, astfel:

„Potrivit art. 43 alin. (4), (5) lit. c) din Legea nr. 85/2014 „Prin derogare de la prevederile Codului de procedură civilă, apelul nu suspendă executarea hotărârii judecătorului-sindic nu vor putea fi suspendate de instanța de apel. (5) Următoarele hotărâri ale judecătorului-sindic vor putea fi suspendate de instanța de apel: (...) c) sentința prin care se decide intrarea în faliment; (...)”.

Curtea arată că, analizând cererea de suspendare, nu va proceda la analizarea fondului cauzei, nu va putea emite concluzii referitoare la legalitatea și temeinicia sentinței prin care s-a dispus intrarea debitoarei în faliment, deoarece procedura soluționării cererii de suspendare a executării a sentinței este una sumară care exclude o prejudecare a fondului cauzei.

Cum cererea de suspendare a executării sentinței nu se poate justifica prin aspecte ce țin, exclusiv, de legalitatea hotărârii, Curtea apreciază că la acest moment susținerea petentei conform căreia din dispozitivul sentinței a cărei suspendare o solicită se poate observa că instanța de fond a aplicat în mod eronat legea, nu se poate reține drept un motiv care să justifice suspendarea executării deoarece doar odată cu soluționarea apelului se poate verifica legalitatea și temeinicia sentinței apelate.

De asemenea, și în cuprinsul raportul întocmit cu privire la activitatea debitoarei în luna iulie 2019 sunt menționate contractele noi încheiate de debitoare în calitate de prestator/furnizor iar un număr de 4 contracte dintre acestea poartă mențiunea „în derulare”.

Față de aceste date, apreciind că eventuala executare a sentinței primei instanțe ar fi de natură a aduce prejudicii iminente derulării raporturilor contractuale cu clienții debitoarei cu care aceasta mai are contracte în derulare (spre exemplu, o eventuală imposibilitate a recepționării și facturării lucrărilor), împrejurare care s-ar repercuta implicit și asupra situației creditorilor care ar fi la rândul lor prejudiciați, Curtea consideră că în cauză se impune temporizarea executării sentinței primei instanțe până la soluționarea cererii de apel promovate de debitoare.

Dispune suspendarea executării sentinței civile nr. 5042/24.09.2019 până la soluționarea apelului. Fără cale de atac. Pronunțată în ședință publică, azi, 22.10.2019.

Potrivit Hotărârii civile nr. 5042/24.09.2019 planul de reorganizare a fost respins și s-a dispus intrarea în procedura generală a falimentului. Conform Legii nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, contestatoarea nu mai poate propune alt plan.

Conform încheierii din ședință din data de 22.10.2019, pronunțată de Curtea de Apel București, suspendarea Hotărârii civile nr. 5042/24.09.2019 are în vedere contracte în derulare, și nu contractele noi, ce urmează a fi încheiate de către contestatoare.

Față de cele constatate anterior, entitatea contractantă susține că nu poate fi obligată să încheie un contract cu o durată de 30 de luni cu un operator economic cu risc, aflat sub iminenta declanșării procedurii de faliment.

În concluzie, entitatea contractantă apreciază că, în mod corect, a constatat că ...se afla sub incidența motivelor de excludere ale art. 180 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 99/2016.

În ceea ce privește susținerile contestatoarei, potrivit cărora „o eventuală schimbare structurală în cadrul unei asocieri de operatori economici (inclusiv insolvența unui membru) nu conduce la înlocuirea operatorului economic desemnat câștigător în cadrul procedurii de atribuire cu un alt operator economic, ci la îndeplinirea obligațiilor contractuale asumate în solidar de oricare dintre membrii aceluiași operator economic desemnat câștigător”, entitatea contractantă învederează următoarele:

Conform Acordului de asociere, încheiat între S.C. ... S.R.L. și S.C. ...SA, în vederea participării la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică, Lot I și Lot II, se menționează:

„Asociații au convenit să desfășoare în comun următoarele activități:

a) participarea la procedura de achiziție sectorială organizată de Compania Națională "...” SA, Orașul Otopeni, Calea Bucureștilor nr. 224E pentru atribuirea contractului de achiziție publică "FURNIZARE ECHIPAMENTE DE CONTROL DE SECURITATE, PE LOTURI" Anunț de participare: Lot I și Lot II

b) derularea în comun a contractului de achiziție sectorială în cazul desemnării ofertei comune ca fiind câștigătoare".

Entitatea contractantă a transmis o clarificare Asocierii ..., prin care a solicitat detalierea activităților desfășurate de fiecare asociat în parte, în cadrul acordului cadru, în conformitate cu acordul de asociere depus.

Pentru Lot I

Prin răspunsul la solicitarea de clarificări, Asocierea ...a precizat următoarele:

Activitățile desfășurate de către fiecare asociat în parte sunt următoarele:

- Liderul asocierii ...Techologies Group SRL în procent de 80%: Livrarea platformei de management centralizat (hardware și software) a sistemelor de tip EDSCB inclusiv instalare și training aferent; Finanțare contract;

- Asociatul ...SA în procent de 20%: Livrarea sistemelor de detectare a explozibililor, concepute pentru controlul de securitate al bagajelor de mână (EDSCB) prevăzute cu sisteme automate de returnare a tăvilor (ATRS), cu toate accesoriile aferente, prestarea serviciilor de instalare, punere în funcțiune, instruire, respectiv întreținere și reparații în perioada de garanție.

Pentru Lot II

Prin răspunsul la solicitarea de clarificări, Asocierea ...a precizat următoarele:

Activitățile desfășurate de către fiecare asociat în parte sunt următoarele:

- Liderul asocierii ...Techologies Group SRL în procent de 80%: Livrarea platformei de management centralizat (hardware și software) a

scanerelor de securitate care nu utilizează radiații ionizante inclusiv instalare și training aferent; Finanțare contract;

- Asociatul ...SA în procent de 20%: Livrarea scanerelor de securitate care nu utilizează radiații ionizante, cu toate accesoriile aferente, prestarea serviciilor de instalare, punere în funcțiune, instruire, respectiv întreținere și reparații în perioada de garanție.

Lot I

Conform DUAЕ, depus de către societatea ... a menționat la secțiunea „C: Capacitatea tehnică și profesională”:

Articolul 58 alineatul (4) din Directiva 2014/24/UE stabilește următoarele motive de selecție

PENTRU CONTRACTELE DE ACHIZIȚIE DE BUNURI: EXECUTAREA DE LIVRĂRI DE TIPUL SPECIFICAT DESCRIERE

Experiența similară se asigură de ...S.A.

Lot II

Conform DUAЕ, depus de către societatea ... a menționat la secțiunea „C: Capacitatea tehnică și profesională”:

Articolul 58 alineatul (4) din Directiva 2014/24/UE stabilește următoarele motive de selecție

PENTRU CONTRACTELE DE ACHIZIȚIE DE BUNURI: EXECUTAREA DE LIVRĂRI DE TIPUL SPECIFICAT DESCRIERE

Experiența similară se asigură de ...S.A.

Prin urmare, ..., conform informațiilor și documentelor depuse în cadrul procedurii de atribuire, nu dovedește că are capacitatea de a continua activitatea și de a executa obligațiile contractului de achiziție publică.

Prin adresa nr. 8975/22.11.2019, înregistrată la Consiliu cu nr. 47909/22.11.2019, SC ...SA a depus cerere de intervenție accesorie în interesul entității contractante, prin care solicită respingerea contestației ca neîntemeiată și menținerea deciziei prin care CN ...SA a exclus din procedură asocierea SC ... SRL – SC ...SA, precizând următoarele:

I. Cererea de intervenție accesorie în interesul CNAB este admisibilă:

În temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației.

Potrivit art, 61 alin. (1) și (3) C. pr. civ. *"(1) Oricine are interes poate interveni într-un proces care se judecă între părțile originare.*

Intervenția este principală, când intervenientul pretinde pentru sine, în tot sau în parte, dreptul dedus judecății sau un drept strâns legat de acesta.

Intervenția este accesorie, când sprijină numai apărarea uneia dintre părți."

În ceea ce privește admisibilitatea cererii de intervenție accesorie, la nivel doctrinar, s-a stabilit că cererea de intervenție în interesul uneia dintre părți este admisibilă dacă intervenientul accesoriu justifică un interes propriu, urmărind obținerea unui folos pentru sine.

În opinia sa, interesul ...FM de a interveni în procedura de soluționare a prezentei contestații este unul evident, deoarece a îndeplinit cerințele de calificare la Lotul 2 și a fost admisă în etapa următoare de evaluare a propunerii tehnice. Prin urmare, ...FM urmărește, asemenea entității contractante, ca CNSC să constate legalitatea procedurii de atribuire și, pe cale de consecință, să respingă contestația formulată de ... SRL.

II. Contestația formulată de către ... SRL este neîntemeiată pentru următoarele considerente:

Contrar susținerilor contestatoarei, ...se afla în procedura falimentului la data la care aceasta a fost exclusă din procedura de atribuire.

Prin contestația formulată, ...TG a susținut că decizia de intrare în faliment a societății, care a stat la baza excluderii din procedura de atribuire, *„era suspendată prin hotărâre a instanței de judecată la data aprobării Raportului procedurii, astfel încât nu subzista motivul de excludere"*.

...a intrat în procedura falimentului la data de 24 septembrie 2019, odată cu pronunțarea Hotărârii nr. 5042/2019 de către Tribunalul București, iar suspendarea hotărârii privind intrarea în faliment a fost încuviințată provizoriu ulterior datei de 2 octombrie 2019, prin încheierea nr. 74, pronunțată de Curtea de Apel București la data de 9 octombrie 2019. Prin urmare, la data excluderii din procedura, ...nu se afla în perioada de observație, cu plan de reorganizare aprobat de Adunarea creditorilor, așa cum susține contestatoarea, ci se afla în procedura falimentului.

Astfel, potrivit art. 43 alin. (4) din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, apelul nu suspendă, prin simpla sa formulare, executarea hotărârilor judecătorului-sindic. Totodată, conform art. 341 alin. (6) din Legea nr. 85/2014, orice decăderi, limitări, interdicții ori altele asemenea instituite prin norme legale sau prevederi contractuale pentru cazul deschiderii procedurii de insolvență vor fi aplicabile doar de la data deschiderii falimentului.

Prin urmare, hotărârea de intrare în procedura falimentului este executorie, iar legea nu distinge în privința efectelor acesteia în funcție de caracterul definitiv sau nedefinitiv al hotărârii.

În opinia sa, entitatea contractantă a dispus în mod legal excluderea contestatoarei din procedura de atribuire. ...nu se afla, la momentul excluderii sale din procedura de atribuire, în situația de excepție prevăzută de art. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

Prin raportare la aceste prevederi, contestatoarea a încercat să acrediteze ideea potrivit căreia operatorul economic aflat în insolvență nu poate fi exclus din procedura de atribuire fără a se verifica de către autoritatea contractantă îndeplinirea condițiilor cu privire la capacitatea operatorului de a continua activitatea și de a executa obligațiile contractului de achiziție publică.

Cu toate acestea, art. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 este incident numai în ipoteza în care operatorul economic se află în faza de observație sau în proces de reorganizare judiciară, nicidecum atunci când cu privire la acesta a fost dispusă intrarea în faliment.

Având în vedere că, în ipoteza în care un operator economic se află în procedura falimentului, entitatea contractantă nu îl mai poate menține în procedura de achiziție publică, este evident că nu se mai pune problema verificării capacității sale de a executa contractul a cărui atribuire se urmărește prin această procedură.

Prin urmare, entitatea contractantă nu avea obligația de a verifica dacă ...avea capacitatea de a executa obligațiile rezultate din contractul de achiziție publică, astfel că apreciază că:

Intervenienta precizează că entitatea contractantă era obligată să dispună excluderea contestatoarei din procedura de atribuire și nu putea reveni asupra acestei decizii.

Pe de o parte, CNAB nu ar fi putut declara asocierea contestatoare câștigătoare a procedurii de atribuire în considerarea unei eventuale decizii de anulare a hotărârii de intrare în faliment. Pe de altă parte, CNAB nu ar fi avut nici posibilitatea de a suspenda procedura de atribuire în așteptarea pronunțării unei hotărâri definitive în legătură cu intrarea societății ...în procedura falimentului.

De asemenea, intervenienta arată că modul în care CNAB a luat la cunoștință de intrarea societății ...în faliment este apt să conducă la excluderea acesteia din procedura de atribuire.

De altfel, limitarea surselor din care poate proveni informația privind o situație de excludere ar fi în totală contradicție cu interesul public, existând riscul ca un operator economic să se afle într-o situație de excludere, entitatea contractantă să cunoască acest aspect, însă să nu poată dispune excluderea, deoarece informația, deși certă, nu provine din sursa „potrivită”.

Având în vedere faptul că decizia de excludere a avut la bază o informație publicată pe portalul instanțelor de judecată, nu exista nicio urmă de incertitudine cu privire la veridicitatea acesteia.

Mai mult decât atât, nu se poate pune problema încălcării principiului proporționalității sau a caracterului insuficient al verificărilor entității contractante cu privire la informațiile care au condus la decizia de excludere, de vreme ce ar fi fost imposibil ca operatorul economic să fi oferit la data de 2 octombrie 2019 informații suplimentare față de cele publicate pe portalul instanțelor.

Acest aspect rezultă și din susținerile contestatoarei, care a arătat că, dacă CNAB i-ar fi solicitat clarificări, aceasta ar fi constatat că a fost încuviințată cererea de suspendare provizorie a executării sentinței privind respingerea planului de reorganizare și intrarea în faliment și ar fi reținut că debitoarea are capacitatea de a derula contracte de achiziție publică. Cu toate acestea, decizia de excludere a fost anterioară dispunerii suspendării hotărârii privind intrarea în faliment, ceea ce dovedește că ...TG nu era în măsură să ofere argumente noi în sensul menținerii în procedura de atribuire.

În cuprinsul contestației, ...TG a susținut că entitatea contractantă avea obligația de a îi solicita documentele actualizate cu privire la informațiile cuprinse în documentația DUAЕ. În acest sens, contestatoarea a invocat prevederile art. 205 alin. (1) și alin. (2) din Legea nr. 99/2016. Intervenienta arată că, în realitate, alin. (1) al art. 205 are în vedere dreptul autorității contractante de a efectua verificarea documentelor justificative ca dovadă a informațiilor cuprinse în DUAЕ, în orice moment pe durata desfășurării unei proceduri de atribuire, dacă acest lucru este necesar pentru a asigura desfășurarea corespunzătoare a procedurii. Această operațiune poate conduce cel mult la constatarea neîndeplinirii unor criterii de calificare și selecție, neputând să servească la acoperirea viciilor ofertei depuse de unul dintre operatorii economici participanți la procedura de atribuire. Astfel, atâta timp cât un ofertant nu îndeplinește un criteriu de calificare în momentul evaluării ofertelor, este irelevant că acesta ajunge să îndeplinească acest criteriu ulterior, chiar dacă operatorul economic s-ar fi clasat pe primul loc în cazul depunerii unei oferte conforme.

În ceea ce privește art. 205 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, se arată că este incident numai în ipoteza în care ofertantul care s-ar clasa pe primul loc în urma aplicării criteriului de atribuire ar avea și o ofertă admisibilă, fiind imposibil de conceput că entitatea contractantă ar fi obligată să analizeze documentele justificative aferente unei oferte neconforme. Ori, în cazul de față, procedura de atribuire se află în etapa de evaluare a ofertelor, nu etapa de declarare a ofertantului câștigător.

Referitor la susținerea contestatoarei, potrivit căreia *asociatul ...a intrat în faliment, iar nu liderul de asociere*, intervenienta arată următoarele:

- excluderea asocierii formate din ...TG și ...din procedura de atribuire nu a avut loc ca urmare a faptului că societatea ...se afla în insolvență sub forma reorganizării, ci ca o consecință a intrării acestei societăți în procedura falimentului. Prin urmare, ...nu se încadra în excepția prevăzută la art. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

- din cuprinsul art. 180 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 rezultă că orice operator economic aflat într-una dintre situațiile prevăzute de acest articol va fi exclus din procedura de atribuire, indiferent că acesta are calitatea de lider de asociere sau de asociat. Această concluzie este întărită de prevederile secțiunii III.1.1) - Capacitatea de exercitare a

activității profesionale inclusiv cerințele privind înscrierea în registrele profesionale sau comerciale din Fișa de date a achiziției, potrivit cărora ofertanții, ofertanții asociați, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 177, 178, 180 din Legea nr. 99/2016. În consecință, excluderea societății ...din procedura de atribuire era obligatorie.

- în speță nu este vorba despre ipoteza unei schimbări structurale la nivelul ofertantului declarat câștigător, așa cum susține ...TG. Paragraful 116 din preambulul directivei, la care a făcut trimitere contestatoarea, prevede următoarele: *"Cu toate acestea, ofertantul câștigător care execută contractul ar trebui să poată întreprinde, în special în cazul în care contractul a fost atribuit mai multor întreprinderi, anumite schimbări structurale în cursul perioadei de executare a contractului, cum ar fi reorganizări interne, preluări, fuziuni și achiziții sau declararea insolvenței. Aceste modificări structurale nu ar trebui să necesite în mod automat noi proceduri de achiziții pentru toate contractele executate de ofertantul respectiv."*

Din prevederile citate rezultă că schimbările avute în vedere se referă la situația în care contractul a fost atribuit mai multor întreprinderi, iar schimbările structurale intervin pe parcursul executării contractului, nu la ipoteza în care aceste modificări au loc pe parcursul derulării procedurii de atribuire. Astfel, dacă falimentul unui membru al asocierii participante la procedura de atribuire intervine în cursul acestei proceduri, se pune exclusiv problema unei situații de excludere. O eventuală schimbare structurală poate fi pusă în discuție numai dacă falimentul intervine ulterior încheierii contractului, când excluderea nu mai este posibilă. Prin urmare, în speță nu este vorba despre ipoteza modificării contractantului, ci despre cea a schimbării unuia dintre ofertanții participanți la procedura de achiziție publică.

O interpretare contrară ar conduce la situația total absurdă în care nu ar exista identitate între operatorul economic a căruia ofertă a fost considerată conformă ca urmare a evaluării tehnice și cel cu privire la care a fost realizată evaluarea ofertei financiare și aplicarea criteriilor de atribuire.

Totodată, intervenienta menționează că, și dacă s-ar admite că astfel de modificări sunt permise de lege, dreptul de a aprecia oportunitatea acestora și de a le accepta îi revine exclusiv autorității contractante.

Urmare punctului de vedere comunicat de entitatea contractantă, contestatoarea a transmis adresa nr. 2082/21.11.2019, înregistrată la Consiliu cu nr. 47636/21.11.2019, prin care reiterează cele susținute prin contestație, suplimentar precizând următoarele:

I. Cu privire la constituirea cauțiunii:

În ceea ce privește solicitarea entității contractante de respingere ca inadmisibilă a contestației pentru neconstituirea cauțiunii, petenta solicită Consiliul să o respingă ca nefondată, având în vedere că la

dosarul cauzei a fost depusă în original dovada constituirii cauțiunii, respectiv recipisa de consemnare nr. 205873415/1/13.11.2019. Drept pentru care, obligația prevăzută la dispozițiile art. 61¹ din Legea nr. 101/2016 a fost îndeplinită pentru ambele loturi.

II. Cu privire la fondul contestației:

Petenta arată că, în punctul de vedere al entității contractante se face referire doar la încheierea de ședință din data de 22.10.2019 pronunțată de Curtea de Apel București privind suspendarea executării Sentinței nr. 5042/24.09.2019, însă cronologic informațiile care au fost la dispoziția entității din portalul instanțelor de judecată și din Buletinul procedurilor de Insolvență, la data emiterii deciziei de excludere, sunt după cum urmează:

24.09.2019	Pronunțarea Sentinței nr. 5042 de către Tribunalul București în dosarul nr. 29450/3/2017 prin care se respinge planul de reorganizare a ...SRL și se dispune trecerea la faliment
09.10.2019	Publicare în Buletinul Procedurilor de Insolvență nr. 19025 a Sentinței nr. 5042/24.09.2019
09.10.2019	Pronunțare încheiere nr. 74A de către Curtea de Apel București în dosarul nr. 5422/2/2019 prin care se dispune suspendarea provizorie a efectelor Sentinței nr. 5042/24.09.2019 până la soluționarea cererii de suspendare formulată în apelul împotriva Hotărârii
10.10.2019	Publicare în Buletinul procedurilor de Insolvență nr. 19053 a Apelului împotriva Hotărârii nr. 5042/24.09.2019 și a cererii de suspendare a efectelor acesteia
16.10.2019	Publicare în Buletinul Procedurilor de Insolvență nr. 19502 a încheierii nr. 74/09.10.2019 privind suspendarea provizorie a efectelor Sentinței nr. 5042/24.09.2019 până la soluționarea cererii de suspendare formulată în apelul împotriva Hotărârii
22.10.2019	Pronunțarea încheierii de suspendare a executării Sentinței 5042/24.09.2019 până la soluționarea apelului în dosarul nr. 29450/3/2017
29.10.2019	Publicarea în Buletinul Procedurilor de Insolvență nr. 20463 a încheierii din 22.10.2019 privind suspendarea executării Sentinței nr. 5042/24.09.2019 până la soluționarea apelului în dosarul nr. 29450/3/2017
30.10.2019	Emiterea de către entitatea contractantă a adreselor de comunicare a deciziei de excludere din procedură

Entitatea contractantă citează pe larg atât din Sentința nr. 5042/24.09.2019, cât și din Încheierea din data de 22.10.2019 privind suspendarea executării acesteia și concluzionează următoarele:

- ...SRL nu mai poate propune alt plan de reorganizare;
- Suspendarea efectelor Sentinței nr. 5042/24.09.2019 privește „contracte în derulare și nu contractele noi, ce urmează a fi încheiate de către contestatoare”.

Petenta consideră că se omite faptul că Sentința nr. 5042/24.09.2019 nu produce niciun efect, de vreme ce a fost dispusă suspendarea executării acesteia de către instanța de judecată.

Așadar:

- Hotărârea intermediară de respingere a planului de reorganizare și trecere la faliment a asociatului ...SA, care a stat la baza excluderii ofertei Asocierii ..., era, la data deciziei de excludere, suspendată prin hotărâre a instanței de judecată, astfel că nu subzistă motivul de excludere invocat de CNAB. Entitatea contractantă avea obligația solicitării sau deținerii de informații actualizate la data deciziei de excludere;

- Portalul instanțelor www.portal.just.ro nu reprezintă sursă de informare actualizată pe baza căreia entitatea contractantă să procedeze la aplicarea prevederilor art. 180 alin. (1) lit. b) din Legea 99/2016;

- La data excluderii din procedură, ...SA se afla în perioada de observație, cu un plan de reorganizare acceptat de Adunarea Generală a Creditorilor, conform Procesului verbal din data de 15.07.2019;

- Operatorul economic aflat în insolvență nu poate fi exclus din procedura de atribuire a contractelor de achiziție publică, fără a se verifica de către autoritatea contractantă îndeplinirea condițiilor cu privire la capacitatea operatorului de a continua activitatea și de a executa obligațiile contractului de achiziție publică; din actele depuse la dosarul cauzei (hotărâri ale instanțelor de judecată) rezultă că ...SA, asociat al ofertantei Asocieria ...are capacitatea de a-și executa obligațiile contractuale.

Totodată, contestatoarea solicită Consiliul să rețină în soluționare și adresa nr. 2877/13.11.2019 a administratorului judiciar al ...SA, din care rezultă că aceasta se află *„în stare de insolvență în perioada de observație, așa cum aceasta este definită de dispozițiile art. 5 pct. 42 din Legea 85/2014”*, susținând că aceleași aspecte rezultă și din Certificatul constator nr. 650163/15.11.2019 emis de ORC București, înscrisuri pe care le anexează.

Susținerile entității contractante din Punctul de vedere la contestație, prin care se arată că entitatea contractantă „nu poate fi obligată să încheie un contract cu o durată de 30 de luni cu un operator economic cu risc, aflat sub iminența declanșării procedurii de faliment” sunt apreciate de petenta ca fiind nefondate. „Iminența” falimentului este o simplă apreciere a entității contractante, nu are corespondent în dispozițiile Legii nr. 85/2014, care nu operează decât cu instituția iminenței insolvenței și nu a falimentului. Falimentul nu se apreciază a fi „iminent” în sensul Legii nr. 85/2014, ci acesta se dispune de către instanța de judecată, în situații determinate și prevăzute de dispozițiile legale. Or, entitatea contractantă nu face dovada că ...SA se afla la momentul emiterii raportului procedurii și deciziei de excludere a Asocierii ...din procedură în vreunul din cazurile prevăzute de lege care să atragă intrarea în faliment. Hotărârea instanței prin care s-a dispus intrarea în faliment prin respingerea planului de reorganizare nu produce efecte, ca urmare a suspendării acesteia prin hotărâre judecătorească.

Drept pentru care, autoarea contestației apreciază ca fiind netemeinică și nelegală excluderea sa pe motiv că a fost respinsă cererea de confirmare a planului de reorganizare și s-a dispus intrarea în faliment a asociatului ...SA, întrucât la momentul deciziei de excludere situația juridică era aceea a unei societăți în insolvență, având un plan de reorganizare aprobat de Adunarea Generală a Creditorilor, efectele hotărârii de intrare în faliment fiind suspendate.

Prin adresa nr. 5059/26.11.2019, înregistrată la Consiliu cu nr. 48426/26.11.2019, ...a transmis note scrise prin care solicită

respingerea contestației ca neîntemeiată și nefondată, reiterând cele menționate prin punctul său de vedere, suplimentar precizând următoarele aspecte:

Contrar susținerii contestatoarei, data excluderii din procedura a ofertei este 02.10.2019, fapt consemnat în cadrul procesului-verbal nr. 60.2/02.10.2019. La data de 02.10.2019, comisia de evaluare a finalizat evaluarea informațiilor din DUAE, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare pentru ofertantul ASOCIEREA ... - lider și ...SA - asociat.

Entitatea contractantă susține că a luat la cunoștință de pe portalul instanțelor de judecată că, asupra societății, asociat în cadrul Asocierii formată din ... - lider și ...SA - asociat, instanța de judecată s-a pronunțat, în cadrul dosarului nr. 29460/3/2017, la data de 24.09.2019 și a hotărât respingerea planului de reorganizare și a dispus intrarea în faliment a societății ...SA.

Astfel, entitatea contractantă a făcut aplicarea dispozițiilor art. 182 din Legea nr. 99/2016 și a constatat că, față de contestatoare au devenit incidente motivele de excludere reglementate de art. 180 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 99/2016.

Referitor la alegațiile contestatoarei privind obligativitatea solicitării de clarificări, în conformitate cu dispozițiile art. 205 din Legea nr. 99/2016, se arată că societatea ...nu se mai afla în această situație la data de 02.10.2019, data finalizării evaluării informațiilor din DUAE, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare, în raport de dispozițiile art. 182 din Legea nr. 99/2016. Astfel, entitatea contractantă a luat la cunoștință despre situația de fapt a SC ...SA - respingerea planului de reorganizare și intrarea în procedura generală a falimentului și a constatat incidența dispozițiilor art. 180 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 99/2016 față de contestatoare.

Față de tabelul cronologic prezentat de către contestatoare, entitatea contractantă învederează că nu are calitate în cadrul procedurii de insolvență și nici nu se transformă în judecător sindic în cadrul procedurii de insolvență al SC, Entitatea contractantă constată o situație de fapt și o raportează la dispozițiile Legii nr. 99/2016:

1. Pe parcursul procedurii de atribuire, la data de 02.10.2019, data finalizării evaluării informațiilor din DUAE, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare pentru ofertantul ASOCIEREA ...- lider și ...SA - asociat, societatea ...este în procedură de faliment, conform Hotărârii civile nr. 5042/2019 din data de 24.09.2019.

Aceasta susține că a făcut aplicarea art. 182 din Legea nr. 99/2016 și a constatat că au devenit incidente dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 99/2016, față de Asocieria ... - lider și ...SA.

2. La data 30.10.2019, data comunicării rezultatului procedurii de atribuire a contractului pentru ambele loturi, instanța a dispus suspendarea provizorie a Hotărârii civile nr. 5042/24.09.2019, până la soluționarea apelului.

Cu privire la acest aspect, entitatea contractantă a analizat dacă operatorul economic Asocieria ... - ...SA îndeplinește condițiile cu privire la capacitatea operatorului de a continua activitatea și de a executa obligațiile contractului de achiziție publică.

Conform DUAЕ, pentru ambele loturi, depuse de către societatea ..., aceasta a menționat la secțiunea „C: Capacitatea tehnică și profesională”: „Experiența similară se asigură de ...SA.”

Prin urmare, entitatea contractantă a constatat că, potrivit informațiilor și documentelor depuse în cadrul procedurii de atribuire, ... nu dovedește că are capacitatea de a continua activitatea și de a executa obligațiile contractului de achiziție publică.

Astfel, raportat la principiul asumării răspunderii, entitatea contractantă a hotărât că nu își asumă riscul încheierii unui contract, pe o perioadă de 30 de luni, cu o societate care nu îndeplinește condițiile cu privire la capacitatea operatorului de a continua activitatea și de a executa obligațiile contractului de achiziție publică.

Urmare cererii de intervenție, contestatoarea a depus punctul său de vedere nr. 2106/26.11.2019, înregistrat la Consiliu cu nr. 47480/27.11.2019, prin care solicită respingerea cererii de intervenție ca nefondată, având în vedere următoarele aspecte:

Intervenienta susține în mod nefondat că, la data la care a fost luată decizia de excludere, asociatul ...SA era în procedura falimentului. Pe de altă parte, intervenienta consideră eronat că data excluderii este data emiterii Procesului verbal nr. 60.2 din 02.10.2019 privind evaluarea informațiilor din DUAЕ, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare pentru ofertantul ASOCIEREA ... - lider și ...SA - asociat.

În cererea de intervenție se susține că ...SA s-ar fi aflat în procedura falimentului la data respingerii ofertei, pentru că Încheierea nr. 74 a Curții de Apel București de suspendare provizorie s-a pronunțat la data de 09.10.2019, deci ulterior emiterii Procesului verbal. Dat fiind că hotărârile pronunțate de judecătorul sindic sunt executorii și că Legea nr. 85/2014 nu distinge în ce privește efectele acesteia în funcție de caracterul definitiv sau nedefinitiv al hotărârii, reprezintă pentru intervenientă argumente care ar conduce la ideea că ...SA s-ar fi aflat în procedura falimentului la data la care decizia entității contractante de a o exclude din procedură a fost luată.

Contrar susținerilor intervenientei, contestatoarea apreciază că prin suspendarea executării hotărârii de intrare în faliment niciunul din efectele acestei hotărâri nu se putea produce nici la data de 02.10.2019 și nici la o dată ulterioară. Nu se poate acredita ideea, astfel cum sugerează intervenienta, că suspendarea executării hotărârii de intrare în faliment se produce doar parțial; suspendarea hotărârii de intrare în faliment privește toate elementele dispozitivului acesteia, însemnând prin aceasta că ...SA, în toată perioada de la pronunțarea hotărârii de intrare în faliment până la soluționarea căilor de atac, se află în

continuare în procedura insolvenței, cu plan de reorganizare aprobat de Adunarea Creditorilor.

O interpretare contrară în ce privește caracterul executoriu al sentinței de intrare în faliment și efectele suspendării acesteia, ar conduce la ideea că debitoarea împotriva căreia s-a pronunțat falimentul nu ar mai avea deschisă nici calea de atac.

Regula în procedurile de insolvență, potrivit prevederilor art. 43 alin. (4) din Legea nr. 85/2014, este că apelul nu suspendă executarea hotărârilor judecătorului sindic, iar excepțiile de la această regulă sunt prevăzute la alin. (5) al aceluiași articol. Între acestea este menționată, la lit. c), sentința prin care se decide intrarea în faliment. Aceasta înseamnă că, prin admiterea cererii de suspendare niciun efect al hotărârii de intrare în faliment nu s-ar putea produce de la pronunțarea acesteia până la data stabilită de instanța care a admis cererea de suspendare (ex. până la soluționarea apelului împotriva hotărârii de intrare în faliment).

În aceste condiții, ca urmare a pronunțării încheierii de suspendare a executării Hotărârii nr. 5042/24.09.2019, ...SA nu era în stare de faliment nici la data de 2 octombrie 2019 - data Procesului verbal, nici ulterior, până la soluționarea căilor de atac, aspect care ar rezulta și din Adresa nr. 2877/13.11.2019 a Euroinsol SPRL - administrator judiciar al ...SA.

Pe de altă parte, contestatoarea consideră că raționamentul formulat de intervenientă este eronat și sub aspectul datei la care s-a decis excluderea, întrucât data excluderii din procedură nu este data Procesului verbal nr. 60.2 din 02.10.2019, ci data la care s-a comunicat excluderea, respectiv 30.10.2019.

Propunerea comisiei de evaluare cu privire la excluderea ofertanților sau cu privire la caracterul acceptabil al ofertelor nu produce niciun efect juridic până la data aprobării Raportului procedurii. Procesul verbal al Comisiei de evaluare este un act preparator, stă la baza Raportului procedurii, a cărui aprobare de către conducerea entității contractante reprezintă decizia producătoare de efecte juridice. În concluzie, la data la care a fost aprobată decizia de excludere a Asocierii din procedură - 30.10.2019, ...SA nu se afla în procedura falimentului, astfel că excluderea Asocierii ...din procedură este nelegală.

Argumentul intervenientei potrivit căruia *„din interpretarea dispozițiilor citate rezultă că situația de excepție prevăzută de art 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 este incidentă numai în ipoteza în care operatorul economic se află în faza de observație sau în proces de reorganizare judiciară, nicidecum și atunci când cu privire la aceasta a fost dispusă intrarea în faliment”* - se bazează exclusiv pe susținerile acesteia referitoare, pe de o parte, la data la care a fost luată decizia de excludere a Asocierii ..., iar pe de altă parte, la împrejurarea că suspendarea hotărârii de intrare în faliment nu ar produce efecte cu privire la starea de faliment. Însă, suspendarea efectelor hotărârii de

intrare în faliment are drept consecință menținerea operatorului economic în starea de insolvență, iar data deciziei de excludere nu este data emiterii Procesului verbal.

Cât privește interpretarea dată de intervenientă obligației entității contractante de excludere din procedură a unui ofertant aflat în oricare din situațiile prevăzute la art. 177, 178 și 180 din Legea nr. 99/2016 și imposibilitatea revenirii asupra măsurii, petenta subliniază că:

- Asocierea ...nu se afla în procedura falimentului la data excluderii;

- De esența actelor autorităților/entităților contractante, dată fiind natura lor de act administrativ, este caracterul revocabil al acestora.

Intervenientă susține că entitatea contractantă nu are drept de apreciere cu privire la excluderea unui ofertant aflat în una din situațiile prevăzute la art. 177, 178 și 180 din Legea nr. 99/2016, că obligația de excludere trebuie luată de îndată ce ia la cunoștință despre o astfel de situație și că o astfel de decizie este irevocabilă.

Contestatoarea invocă dispozițiile art. 3 lit. a) din Legea 101/2016, apreciind că actele entității contractante se supun aceluiași reguli ca actele administrative, inclusiv în ce privește condițiile procedurale de anulare a acestora potrivit Legii nr. 101/2016.

Revocabilitatea actelor entității contractante este regula în materia actelor autorităților/entităților contractante și în general a actelor administrative în sensul prevăzut de Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ. Legea nr. 101/2016 statuează principiul revocabilității actelor autorităților/entităților contractante prin dreptul autorităților de a dispune măsuri de remediere (definite conform art. 3 alin. (1) lit. d) din Lege), chiar și în situația în care decizia/actul administrativ a intrat în circuitul civil - după formularea unei contestații. Cu atât mai mult, entitatea contractantă are posibilitatea revocării actelor sale care nu au intrat în circuitul civil și nu au fost aduse la cunoștința ofertanților, cum este exemplu Procesului verbal din data de 2 octombrie 2019.

Referitor la susținerea intervenientei potrivit căreia entitatea contractantă, la primirea sau identificarea informațiilor referitoare la un caz de excludere, are obligația de îndată de a proceda la excluderea ofertantului, contestatoarea precizează că niciunde în cuprinsul textului de lege nu se stabilește un termen pentru entitatea contractantă cu privire la decizia de excludere.

Cerința obligatorie pentru entitatea contractantă este, însă, aceea ca la data emiterii deciziei de excludere, să dețină documente actualizate din care să rezulte starea de fapt și de drept a ofertantului exclus. Or, în cauza de față, entitatea contractantă a emis decizia de excludere pe baza unor informații incomplete, care nu mai erau de actualitate.

În opinia sa, excluderea automată a Asocierii ...din procedura de atribuire este contrară principiului proporționalității prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 99/2016. Entitatea contractantă a propus excluderea automată a Asocierii ..., cunoscând încă de la data emiterii

Procesului verbal nr. 60.2/02.10.2019 că se află în curs de soluționare cererea de suspendare a efectelor Hotărârii privind respingerea planului de reorganizare și intrarea în faliment a ...SA.

În continuare, autoarea contestației reiterează argumente deja prezentate ca urmare a formulării punctului de vedere al entității contractante.

Prin adresa nr. 2112/26.11.2019, înregistrată la Consiliu cu nr. 48503/27.11.2019, contestatoarea depune concluzii scrise cu privire la susținerile entității contractante, solicitând admiterea contestației, anularea deciziei de excludere pentru Lotul 1 și Lotul 2, respectiv anularea adreselor de comunicare a excluderii nr. 3474/30.10.2019 (Lot 1) și nr. 3475/30.10.2019 (Lot 2), precum și a actelor subsecvente, precum și respingerea ca nefondată a cererii de intervenție formulată de ...SA și obligarea entității contractante la reluarea procedurii și reevaluarea ofertei sale sub aspectul motivelor de excludere și stabilirea ofertantului câștigător cu respectarea prevederilor legale și a documentației de atribuire.

Contestatoarea subliniază nelegalitatea deciziei entității contractate de excludere a Asocierii ...din procedura de atribuire, emisă cu încălcarea dispozițiilor legale referitoare la cazurile de excludere a operatorilor economici prevăzute la art. 180 din Legea nr. 99/2016, care rezidă în principal în următoarele aspecte:

- Hotărârea intermediară nr. 5042/24.09.2019, de respingere a planului de reorganizare și trecere la faliment a asociatului ...SA, care a stat la baza excluderii nelegale a ofertei Asocierii ..., era, la data deciziei de excludere, suspendată prin hotărâre a instanței de judecată, astfel că nu subzistă motivul de excludere invocat de CNAB. Entitatea contractantă avea obligația solicitării sau deținerii de informații actualizate la data deciziei de excludere; suspendarea executării hotărârii de intrare în faliment înlătură toate efectele unei astfel de decizii, astfel că ...SA nu a fost în faliment nici la data de 02.10.2019 - data Procesului verbal de evaluare și nici ulterior;

- portalul instanțelor www.portai.just.ro nu reprezintă sursă de informare actualizată pe baza căreia entitatea contractantă să procedeze la aplicarea prevederilor art. 180 alin. (1) lit b) din Legea 99/2016;

- în subsidiar, chiar dacă entitatea contractantă ar considera că data excluderii din procedura de atribuire a Asocierii ...este data de 02.10.2019, când a fost emis Procesul verbal nr. 60.2, la data comunicării deciziei de excludere, respectiv la data de 30.10.2019, ...SA era în perioada de observație, cu plan de reorganizare aprobat de Adunarea Creditorilor. Entitatea contractantă avea obligația ca la comunicarea deciziei de excludere, dacă situația juridică a ...SA era diferită, să revină asupra măsurii dispuse și să revoce decizia cu privire la excludere pe motivul falimentului asociatului;

- La data excluderii din procedură pentru cele două loturi, ...SA se afla în perioada de observație, cu un plan de reorganizare acceptat de

Adunarea Generală a Creditorilor, conform Procesului verbal din data de 15.07.2019, drept pentru care sunt incidente dispozițiile art. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2016;

- Operatorul economic aflat în insolvență nu poate fi exclus din procedura de atribuire a contractelor de achiziție publică, fără a se verifica de către autoritatea contractantă îndeplinirea condițiilor cu privire la capacitatea operatorului de a continua activitatea și de a executa obligațiile contractului de achiziție publică; din actele depuse la dosarul cauzei, rezultă că ...SA, asociat al ofertantei Asocieria ..., are capacitatea de a-și executa obligațiile contractuale.

În continuare, autoarea contestației reiterează argumentele și susținerile prezentate prin notele scrise și punctele de vedere anterioare.

La data de 02.12.2019, intervenienta a transmis adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 49236/02.12.2019, prin care reiterează susținerile prezentate în cererea sa intervenție, suplimentar precizând următoarele:

I. Contrar susținerilor contestatoarei, ...se afla în procedura falimentului la data excluderii din procedura de atribuire a Asocierii conduse de ...TG:

- Excluderea din procedura de atribuire a Asocierii conduse de ...TG a avut loc la data de 2 octombrie 2019, când a avut loc evaluarea membrilor Asocierii și a fost emis Procesul-verbal de evaluare nr. 60.2/02.10.2019. Or, așa cum a recunoscut și contestatoarea, suspendarea executării hotărârii privind intrarea în faliment a fost încuviințată abia ulterior, prin încheierea nr. 74/9 octombrie 2019, pronunțată de Curtea de Apel București;

1. Data excluderii din procedura de atribuire a fost data emiterii Procesului-verbal nr. 60.2/02.10.2019

Din cuprinsul prevederilor art. 133 din HG nr. 394/2016, rezultă că, în materia specială a achizițiilor publice, rolul de a decide cu privire la incidența unei situații de excludere îi revine însăși comisiei de evaluare, iar nu conducătorului autorității contractante, așa cum susține contestatoarea. De altfel, tocmai verificarea ofertelor depuse în cadrul procedurii de atribuire în vederea stabilirii ofertei câștigătoare reprezintă scopul pentru care este constituită comisia de evaluare. Spre deosebire de comisia de evaluare, care este alcătuită din persoane care dispun de competențele relevante în vederea realizării procesului de evaluare, conducătorul autorității contractante nu este în măsură să analizeze proprius sensibus conformitatea ofertelor din punct de vedere tehnic sau financiar ori să se pronunțe cu privire la situațiile de excludere.

Astfel, din cuprinsul textului legal reiese că, în ipoteza în care raportul procedurii nu este aprobat, reevaluarea va fi realizată tot de către o comisie de evaluare, fie cea inițială, fie o comisie nou numită. Prin urmare, decizia cu privire la rezultatul procedurii de atribuire îi revine întotdeauna comisiei de evaluare, iar aprobarea conducătorului autorității contractante reprezintă doar o operațiune ulterioară, de

asumare a răspunderii autorității contractante cu privire la acest rezultat, care nu produce însă efecte juridice prin ea însăși.

Prin raportare la aspectele menționate, este evident că Procesul-verbal de evaluare a produs efectul de excludere a asocierii formate din ...TG și ...din procedura de atribuire încă de la momentul întocmirii sale de către comisia de evaluare.

De asemenea, se menționează că lipsa publicării procesului-verbal prin care a fost dispusă măsura excluderii nu este de natură a lipsi de efecte acest document, ci determină doar amânarea momentului nașterii dreptului material la acțiune în ceea ce privește posibilitatea contestării măsurii excluderii, până la publicarea în SEAP a raportului procedurii de atribuire în cuprinsul căruia este reiterată excluderea ofertantului din cadrul procedurii.

2. Suspendarea sentinței civile prin care s-a dispus intrarea ...în procedura falimentului nu produce efecte retroactive

Intervenienta precizează că, în primul rând, apelul împotriva hotărârii de intrare în faliment nu suspendă executarea acestei hotărâri, ci suspendarea trebuie să fie dispusă de către instanță, aspect ce rezultă din art. 43 alin. (5) lit. c) din Legea nr. 85/2014.

În al doilea rând, regula în materia suspendării este că aceasta produce efecte pentru viitor, nicidecum pentru trecut. De exemplu, suspendarea executării silite presupune că de la momentul hotărârii de suspendare, nu se mai poate realiza nici un act de executare silită. Aceasta înseamnă că, în procedura de executare silită a unei creanțe, sumele care au fost deja executate rămân în posesia persoanei care le deține la momentul suspendării (executorul sau creditorul, după caz). Debitorul nu poate avea nicidecum pretenția de a se realiza întoarcerea executării pe considerentul că s-a dispus suspendarea executării silite.

Având în vedere această regulă, dacă ar exista vreo excepție, aceasta ar trebui să fie strict reglementată de lege. Or, niciun text de lege nu prevede că suspendarea efectelor hotărârii de intrare în faliment ar produce efecte retroactive, de la data pronunțării acestei hotărâri, astfel încât sunt aplicabile principiile generale în materie de suspendare, potrivit cărora efectele măsurii suspendării se produc pentru viitor. Astfel, suspendarea nu poate înlătura efectele deja născute ale hotărârii suspendate, ci reprezintă doar paralizarea producerii de efecte noi, până la pronunțarea hotărârii definitive.

În al treilea rând, se arată că excluderea din procedurile de atribuire pe motivul intrării în faliment nu reprezintă un efect propriu-zis al hotărârii de intrare în faliment, ci o consecință a dispozițiilor Legii nr. 99/2016 în materie de excludere din procedura de atribuire. Astfel, calea de atac împotriva deciziei de intrare în faliment vizează procedura falimentului, iar nu efectele produse de aceasta cu privire la procedurile de atribuire în care este implicat debitorul.

Aplicând raționamentul contestatoarei cu privire la necesitatea unei căi veritabile de atac împotriva deciziei de intrare în faliment, s-ar ajunge

la concluzia absurdă că, în ipoteza în care, ulterior atribuirii unui contract de achiziție publică, ar fi admis apelul împotriva hotărârii de intrare în faliment a ofertantului exclus din procedura de atribuire, acest contract ar trebui să fie anulat, în vederea reluării procedurii de atribuire cu participarea ofertantului care fusese exclus. Or, o astfel de interpretare, deși avantajoasă pentru ofertantul care a fost exclus din procedură, ar veni în total dezacord cu interesul public.

În al patrulea rând, întreaga argumentație a contestatoarei este bazată pe o interpretare greșită a efectelor suspendării executării hotărârii prin care s-a dispus intrarea în faliment.

Executarea hotărârii de deschidere a procedurii falimentului constă în derularea procedurii, adică în efectuarea operațiunilor de valorificare a bunurilor debitoarei. Suspendarea executării hotărârii de intrare în faliment are ca efect oprirea temporară a procedurii falimentului, adică a derulării actelor și operațiunilor realizate de lichidatorul judiciar, în stadiul în care aceasta se află în momentul pronunțării hotărârii prin care se dispune suspendarea.

Prin urmare, suspendarea executării hotărârii de deschidere a procedurii falimentului are ca efect doar întreruperea derulării procedurii, însă celelalte efecte juridice născute din hotărâre continuând să se producă.

II. Autoritatea contractantă a dispus în mod legal excluderea contestatoarei din procedura de atribuire:

1. ...nu se afla la momentul excluderii sale din procedura de atribuire în situația de excepție prevăzută de art. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2016;

2. CNAB era obligată să dispună excluderea contestatoarei din procedura de atribuire;

3. Modul în care CNAB a luat la cunoștință de intrarea societății ...în faliment este apt să conducă la excluderea acesteia din procedura de atribuire;

4. CNAB nu avea obligația de a solicita societății ...TG clarificări cu privire la situația de excludere;

Prin urmare, stabilirea clasamentului ofertanților pe baza criteriului de atribuire se realizează numai în privința acelor ofertanți care nu se încadrează în motivele de excludere. Obligația de a solicita clarificări ofertantului clasat pe locul 1 vizează numai ofertanții cu oferte admisibile, nu și celor a căror solicitare de participare este neadecvată ca urmare a faptului că se află într-o situație de excludere din procedura de atribuire.

Prin adresa nr. 2181/05.12.2019, înregistrată la Consiliu cu nr. 50047/05.12.2019, SC ... SRL a depus completare concluzii scrise cu privire la răspunsul ...SA, prin care solicită menținerea motivelor din contestație referitoare la:

- obligația entității contractante de a solicita, înainte de excluderea din procedură, clarificări și situația actualizată a asociatului ...SA;

- obligația entității de a aplica prevederile art. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 și de a solicita clarificări și documente referitoare la capacitatea asociatului ...SA de a continua activitatea și a ofertantului, Asocierea ..., de a executa contractul de achiziție sectorială.

Referitor la susținerile intervenientei potrivit cărora „suspendarea sentinței civile prin care s-a dispus intrarea ...în procedura falimentului nu produce efecte retroactive”, petenta arată că în prezența executării silite a unei creanțe, afirmația este valabilă, însă specificul procedurilor de insolvență nu permite analiza suspendării unei sentințe de intrare în faliment din perspectiva regulii generale a suspendării executărilor silite a hotărârilor judecătorești.

Hotărârile judecătorești produc două categorii de efecte:

- Efectul material substanțial - se modifică situația juridică a părților, a raporturilor dintre acestea, atât în situația hotărârilor constitutive, cât și în situația hotărârilor declarative de drepturi;

- Efectul procesual al hotărârii - dezinvestirea instanței de judecată, dobândirea autorității de lucru judecat, dobândirea caracterului executoriu al hotărârilor definitive.

Din această perspectivă, cât privește ambele efecte ale hotărârii, ceea ce interesează situația particulară a sentinței prin care se dispune trecerea la faliment a debitoarei, este precizarea că dispozitivul sentinței cuprinde două tipuri de hotărâri:

- una declarativă de drepturi sau situații juridice, nesusceptibilă de executare prin natura sa și una care privește aspecte procesuale și procedurale ce vizează consecințele declarării stării de faliment, respectiv etapele de urmat de către lichidatorul judiciar numit în cauză.

În opinia contestatoarei, un alt argument care vine în sprijinul afirmației că suspendarea sentinței de intrare în faliment înseamnă revenirea debitoarei la situația de insolvență îl constituie faptul că hotărârea pronunțată de judecătorul sindic prin care se dispune trecerea la faliment nu este definitivă. Potrivit dispozițiilor art. 43 alin. (1) din Legea nr. 85/2016, numai hotărârile pronunțate de Curtea de apel sunt definitive. Așadar, hotărârea/parte din hotărâre nesusceptibilă de executare (întoarcerea executării nefiind posibilă) care nu este definitivă, dar este executorie, nu produce efecte juridice dacă aceasta a fost suspendată.

Partea din hotărârea nedefinitivă și executorie suspendată, care nu produce efecte juridice încă de la pronunțare se referă la: respingerea planului de reorganizare, intrarea în faliment, dizolvarea societății și numirea lichidatorului judiciar.

Aceasta atrage și lipsirea de efecte executorii a părții procedurale susceptibile de executare din hotărârea nedefinitivă și executorie suspendată, ca efect direct al declarării trecerii la faliment.

De asemenea, petenta susține ideea potrivit căreia faptul că sentința nr. 5042/24.09.2019 nu produce niciun efect juridic nu poate însemna altceva decât că ...SA nu este în faliment, ceea ce înseamnă că revine la

starea sa anterioară, de debitoare aflată în procedura de insolvență, cu plan de reorganizare aprobat de Adunarea Creditorilor.

O soluție contrară celor de mai sus, așa cum afirmă intervenienta, ar însemna că starea ...TELCOM SA este una incertă din punct de vedere juridic: nu există stare de faliment suspendată, o debitoare este fie în insolvență, fie în faliment și nu există alte forme prevăzute de Legea nr. 85/2014 care să se poată aplica debitoarei. Adică fie societatea există cu atributele prevăzute de lege în procedura de insolvență și continuă activitatea, fie este în faliment, adică dizolvată, lichidatorul judiciar urmând doar a efectua procedurile de lichidare a bunurilor debitoarei.

Situația particulară a procedurilor de insolvență prevăzute de Legea nr. 85/2016 impune următoarea concluzie: suspendarea unei sentințe de trecere la faliment a debitoarei are ca efect revenirea acesteia la starea de insolvență, atât ca urmare a naturii hotărârii referitoare la starea debitoarei, cât și ca urmare a caracterului nedefinitiv al acesteia.

În final, contestatoarea învederează Consiliului că, în cauza privind apelul împotriva sentinței civile prin care s-a dispus intrarea în faliment, creditorul ANAF, care s-a opus planului de reorganizare, a depus precizare cu privire la quantumul creanței sale și a solicitat admiterea apelului, în sensul în care să se desființeze sentința atacată și să se implementeze planul de reorganizare în raport de diminuarea creanței sale.

I. Prin contestația nr. 2184/05.12.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 50082/06.12.2019, SC ... SRL, în calitate de operator economic participant la procedură, reclamă decizia entității contractante de a admite ofertele depuse de asocierea SC ...SRL, respectiv SC ...SA.

Oferta Asocierii ...a fost exclusă din procedura de atribuire, așa cum rezultă din Procesul verbal nr. 60/2.02.10.2019, în temeiul dispozițiilor art. 180 alin. (1) lit. b) coroborat cu art. 182 din Legea 99/2016. Împotriva acestui rezultat a înaintat contestație, ce formează obiectul dosarului CNSC nr. 2396/C4/2019, aflat în curs de soluționare. Studiind dosarul achiziției publice depus de entitatea contractantă pentru soluționarea acestei contestații, petenta a constatat că, în ce privește oferta Asocierii și oferta SC ...SA, entitatea contractantă a încălcat dispozițiile legale în materia achizițiilor sectoriale, declarând admise aceste oferte, deși nu îndeplinesc cerințele privind capacitatea tehnică și/sau profesională, astfel cum au fost menționate în fișa de date a achiziției, respectiv nu fac dovada neîncadrării în situațiile de excludere a ofertelor.

I. Cu privire la interesul său în formularea contestației, petenta precizează următoarele:

Asocierea ..., formulând contestație împotriva deciziei entității contractante de excludere din procedura de atribuire, apreciază că are interes în formularea prezentei contestații având ca obiect atacarea unei oferte concurente, de vreme ce nu este definitiv exclusă din procedură.

În opinia sa, chiar dacă la data contestației oferta Asocierii ...a fost exclusă din procedura de atribuire de către entitatea contractantă, înainte de aplicarea criteriului de atribuire, există interes în contestarea unei oferte concurente cu privire la nelegalitatea declarării admisibile a acesteia, întrucât excluderea sa nu a fost definitiv stabilită de către instanța de judecată. Posibilitatea ca CNSC/instanța de judecată să admită contestația sa, îi conferă dreptul de a ataca în contencios orice act al entității contractante pe care îi considerăm nelegal, în scopul de a-și conserva dreptul de a-i fi atribuit contractul de achiziție publică.

În susținere, contestatoarea invocă jurisprudența europeană prin care statuează că statele membre sunt obligate să se asigure că procedurile de revizuire stabilite de directivă sunt disponibile „cel puțin” oricărei persoane care are sau a avut un interes în obținerea unui anumit contract public și care a fost sau riscă să fie lezată de o presupusă încălcare a dreptului comunitar privind contractele de achiziții publice sau normele interne de aplicare a legii.

În concluzie, având în vedere că Asocierea ...a depus o ofertă asupra admisibilității căreia se va pronunța instanța de judecată și că entitatea contractantă a evaluat cu încălcarea dispozițiilor legale și alte oferte depuse în procedură, petenta apreciază că justifică un interes în promovarea căii de atac împotriva actelor nelegale ale entității contractante, urmărind atribuirea contractului de achiziție.

II. Cu privire la termenul de formulare a contestației, petenta învederează următoarele:

În ce privește modalitatea de evaluare a ofertei Asocierii a luat la cunoștință la data de 25.11.2019, data studierii la CNSC a dosarului nr. 2396/C4/2019, având ca obiect decizia entității contractate de excludere a Asocierii ...din procedură. În opinia petentei, data de la care începe să curgă termenul de contestare prevăzut de art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 este data la care persoana care se consideră vătămată a luat cunoștință de actul nelegal, astfel că prezenta contestație este formulată în termenul prevăzut de lege prin raportare la valoarea estimată a procedurii de achiziție sectorială. Aceasta precizează că, până la data consultării dosarului la CNSC, nu a avut cunoștință de modalitatea de evaluare a celorlalte oferte depuse în procedură, procesele de evaluare nefiind comunicate ofertanților sau făcute publice în alt mod.

A. OFERTA ASOCIERII

III. Nelegalitatea și netemeinicia deciziei de declarare admisibilă a ofertei Asocierii

Conform Procesului verbal de evaluare din data de 02.10.2019, entitatea contractantă, referitor la oferta Asocierii concluzionează următoarele: *"ofertantul îndeplinește cerințele de calificare precizate la Secțiunea III.1) "Condiții de participare" din Fișa de date, sub condiția prezentării documentelor care atestă informațiile prezentate în DUAE, în*

cazul clasării acestuia pe primul loc în urma aplicării criteriului de atribuire, motiv pentru care ofertantul este declarat admis".

Pentru adoptarea acestei decizii, entitatea contractantă a avut în vedere documentele depuse de liderul asocierii, de asociat și de terțul susținător NUCTECH WARSAW COMPANY LIMITED. Oferta Asocierii nu este însă admisibilă, entitatea contractantă având obligația de a o respinge în temeiul dispozițiilor art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016.

În fapt, petenta arată că asocierea a depus oferta cu susținerea terțului NUCTECH WARSAW COMPANY LIMITED care, conform răspunsului la solicitarea de clarificări din data de 25.09.2019, s-a angajat să susțină ofertantul în ceea ce privește experiența similară și a acorda susținere fermă a capacității tehnice și profesionale. Drept pentru care, în calitate de terț susținător, acesta avea obligația îndeplinirii cerințelor prevăzute în fișa de date cu privire la capacitatea tehnică și/sau profesională. Din procesul-verbal de evaluare rezultă însă că ofertantul nu face dovada respectării de către terțul susținător a cerinței prevăzute în fișa de date la pct. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională cu referire la asigurarea secretului de serviciu.

În procesul-verbal de evaluare se menționează că pentru dovedirea îndeplinirii acestei cerințe, asocierea „*a declarant faptul că Mr. ...is a holder of EU Confidential security clearance issued by Croatian Authority and it is valid until 23 August 2021*". În baza acestei declarații, entitatea contractantă, în mod nelegal, consideră că cerințele fișei de date privitoare la terțul susținător sunt îndeplinite.

Nelegalitatea deciziei privind evaluarea ofertei Asocierii constă în următoarele:

- Asocierea nu a depus pentru terțul susținător documentele obligatorii referitoare la protecția informațiilor clasificate: lista persoanelor care vor fi implicate în contract și vor lua la cunoștință de informații clasificate și autorizațiile de acces ale acestor persoane, ci a depus o simplă declarație;

- În subsidiar, autorizarea EU Confidential deținută de dl. ...nu reprezintă autorizație de acces la informații "secrete de serviciu" în sensul dispozițiilor legale menționate de entitatea contractantă în fișa de date a achiziției.

Având în vedere cele de mai sus, contestatoarea apreciază că entitatea contractantă nu putea considera acceptabilă oferta Asocierii, ci avea obligația respingerii acesteia în temeiul prevederilor art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016.

Asocierea nu a depus pentru terțul susținător decât o declarație privitoare la o persoană care deține o autorizare EU Confidential, fără alte precizări referitoare la legătura acestei persoane cu terțul susținător și fără a se depune autorizarea acestuia. Pe de altă parte, terțul susținător și-a luat angajamentul susținerii acordului cadru din punct de vedere al capacității tehnice și profesionale, ceea ce înseamnă că are

obligatia de a face dovada cerinței privitoare la autorizarea/acreditarea în domeniul protecției informațiilor clasificate potrivit fișei de date și în aceleași condiții ca ofertantul, întrucât, în cazul în care acesta întâmpină dificultăți în executarea contractului, terțul susținător să poată avea acces la toate informațiile clasificate în vederea îndeplinirii obligațiilor ofertantului.

Din declarația ofertantului rezultă că terțul susținător ar asigura executarea acordului cadru printr-o singură persoană, ori din caietul de sarcini rezultă obligativitatea asigurării unui număr minim de personal care să poată susține serviciile accesorii furnizării de echipamente.

Sub aspectul neprezentării listei personalului terțului susținător și a autorizațiilor acestora emise în condițiile legii, declararea admisibilă a ofertei Asocierii este nelegală.

În ce privește tipul de autorizare pe care terțul susținător propune în încercarea de a demonstra îndeplinirea cerinței de calificare: entitatea contractantă solicită autorizație de acces la informații „secrete de serviciu”, iar autorizarea furnizată de ofertant pentru persoana nominalizată este o EU Confidențial.

Cele două tipuri de autorizări sunt însă diferite, se referă la protecția a două categorii de informații clasificate distincte, astfel că ofertantul Asocierea nu răspunde cerinței din fișa de date, întrucât propune o altă autorizare decât cea solicitată.

Autorizarea de acces la informații „secrete de serviciu” privește informațiile prevăzute la dispozițiile art. 15 lit. e) din Legea nr. 182/2002. Autorizarea EU Confidențial privește informațiile reglementate de art. 1 din DECIZIA CONSILIULUI din 23 septembrie 2013 privind normele de securitate pentru protecția informațiilor UE clasificate (2013/488/UE).

Din actele normative invocate rezultă că autorizările sunt emise strict pentru informațiile la care se solicită accesul și nu pot fi valabile pentru alte tipuri de informații. O autorizare EU Confidențial nu este echivalentă sau valabilă pentru accesul la informații „secret de serviciu”, astfel că nici sub aspectul tipului de autorizație propus de Asocierea nu respectă cerințele din fișa de date a achiziției.

De asemenea, din declarația depusă de ofertant, petenta constată că:

- Nu se specifică legătura persoanei numite cu entitatea terț susținător, astfel că nu se cunoaște care este implicarea acestuia în activitatea terțului;

- Autorizarea d-lui ...este emisă de autoritățile din ..., care nu au legătură cu terțul susținător în ce privește raporturile de autoritate publică națională care guvernează reglementarea activității terțului. Terțul este înființat și funcționează în Polonia, iar autoritatea publică emitentă a autorizației de acces la informații clasificate este în

În situația în care entitatea contractantă admite o ofertă ce nu respectă cerințele din fișa de date a achiziției, încalcă principiul egalității

de tratament al ofertanților, prevăzut de dispozițiile art. (2) alin. (2) lit. b) din Legea nr. 99/2016.

B. OFERTA ...SA

Analizând la sediul CNSC documentele achiziției depuse de entitatea contractantă, petenta a constatat că în Procesul verbal din data de 02.10.2019, privind evaluarea informațiilor din DUAЕ, în ce privește oferta ...SA, sunt menționate la lit. C documente constatatoare din care rezultă că atât ofertantul, cât și terțul susținător se află în situația de excludere pentru motive privind încetarea anticipate a altui contract, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

În opinia sa, entitatea contractantă, în mod nelegal, a admis oferta ...SA, cu încălcarea prevederilor art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016.

Rezultă din procesul verbal de evaluare, în ceea ce privește oferta ...SA următoarele:

"Încetare anticipate, daune interese sau alte sancțiuni comparabile.

Răspuns: DA. Societatea Națională de Gaze Naturale Romgaz SA prin Sucursala de Transport Tehnologic și Mentenanță Tg. Mureș a reziliat contractul subsecvent nr. 409/06.11.2018 încheiat cu ...SA care a avut ca obiect prestarea de servicii de monitorizare și control precum și furnizarea de sisteme de monitorizare GPS. Motivul rezilierii a fost faptul că, în urma testelor efectuate, Autoritatea contractantă a apreciat faptul că nu sunt îndeplinite toate cerințele și specificațiile din caietul de sarcini, fapt care este suficient să conducă la rezilierea contractului subsecvent. Din documentul constatator reiese în mod clar că ...SA a respectat termenele contractuale de livrare de produse/prestare de servicii (pct. 8 lit. b) din documentul constatator). În urma unei analize interne, ...a determinat faptul că principalul motiv al rezilierii contractului subsecvent au fost erorile de testare generate de aplicațiile dezvoltate de către colaboratorul Persoană Fizică Autorizată Liviu Năstase. ...SA a reziliat contractul încheiat cu acest colaborator și a refuzat plata serviciilor prestate. Cerință îndeplinită".

Față de dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă, în situația în care ofertantul și-a încălcat obligații care au condus la rezilierea contractului, are obligația de a exclude ofertantul respectiv.

Prin dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016 anterior citate, care transpun prevederile similare ale art. 57 alin. (4) lit. g) din Directiva 2014/24/UE, legiuitorul european și național au prevăzut următoarele condiții pentru a opera excluderea din procedura de atribuire:

- existența unei încălcări grave sau repetate a obligațiilor contractuale care a determinat: fie încetarea anticipată a contractului; fie plata de daune - interese sau alte sancțiuni comparative.

În cauză, din conținutul documentului constatator menționat de entitatea contractantă reiese neîndoiește îndeplinirea condițiilor legale

respective. Astfel, caracterul grav al neîndeplinirii obligațiilor contractuale rezultă din chiar sancțiunea aplicată de către beneficiar, respectiv rezilierea contractului.

Entitatea contractantă, constatând că un contract anterior încheiat de ofertant a fost reziliat (pentru încălcarea gravă a obligației de livrare/prestare de bunuri/servicii în conformitate cu prevederile caietului de sarcini), nu avea opțiunea de a adopta o altă decizie decât excluderea ofertantului. Rezilierea, fiind cea mai severă sancțiune în cazul încălcării dispozițiilor contractuale, aceasta se aplică în conformitate cu prevederile contractului reziliat, pentru încălcări pe care autoritatea/entitatea contractantă le consideră esențiale în raport cu obiectul contractului. Situația precizată în documentul constatator analizat se încadrează în categoria „abatere gravă”, astfel cum aceasta este explicată în prevederile art. 180 alin. (6) din Legea nr. 98/2016.

„Analiza internă” a ofertantului ...SA și măsurile ulterioare luate de aceasta în raport de subcontractant nu sunt de natură să înlăture efectele încălcării grave a obligațiilor proprii față de autoritatea contractantă achizitoare și nici efectele rezilierii contractului. Câtă vreme rezilierea contractului și documentul constatator negativ nu au fost contestate și anulate de instanța de judecată, ele rămân valabile și produc efecte cu privire la mențiunile înscrise în acest act.

Aceeași situație este și în ce privește terțul susținător ...GRUP SA, supus obligațiilor prevăzute de art. 202 corelat cu art. 197 alin. (1) din Legea nr. 99/2016.

În procesul-verbal de evaluare a ofertelor cu aplicarea prevederilor art. 197 din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă declară admisă oferta ...SA, deși terțul susținător se afla și acesta în situația de excludere prevăzută de dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. g) din Lege.

Se reține că *”ANCOM a aplicat ...GRUP SA penalități în sumă de 16.275,63 lei pentru nerespectarea termenului de finalizare a Contractului nr. SC-DA-7797/14.03.2017 având ca obiect prestarea de servicii de programare software pentru adaptarea soluției software de portabilitate pentru funcționarea portabilității numerelor pe o nouă arhitectură hardware, depășindu-l cu 14 zile. La finalizarea contractului ANCOM a emis documentul constatator nr. SCDL-28.937/25.10.2017 (...) prin care a arătat că a aplicat penalități de întârziere, dar în aceeași timp a menționat că obligațiile au fost îndeplinite corespunzător și că nu au fost înregistrate neconformități care să conducă la refaceri parțiale sau totale, cazuri de accidente tehnice sau recepții response datorită nerespectării parametrilor de calitate care să cauzeze prejudicii autorității contractante”*. Entitatea contractantă apreciază că „prin reținerea penalităților s-a creat un echilibru între cele două părți, necreându-se niciun fel de prejudicii autorității contractante, proiectul fiind implementat în mod corespunzător. Cerință îndeplinită”.

În opinia contestatoarei, în mod nelegal entitatea contractantă a considerat cerința îndeplinită în ce privește terțul susținător, care și-a

încălcă în mod repetat obligația de livrare/prestare a serviciilor, și căruia i-au fost aplicate penalitățile de întârziere. Acestea constituie daune moratorii și se încadrează în prevederile art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016. În aceste condiții, este evident că în speță sunt îndeplinite condițiile art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016 și oferta depusă de SC ...SA trebuia exclusă din procedură, întrucât atât ofertantul, cât și terțul susținător se aflau în unul din cauzele de excludere prevăzute de lege.

Prin adresa nr. 2196/06.12.2019, înregistrată la Consiliu cu nr. 50273/06.12.2019, contestatoarea își precizează contestația în sensul că prin ofertele la care face referire în contestație, respectiv oferta Asocierii ...SRL – EURO NUCLEAR SECURITY SERVICE SRL și oferta SC ...SA, înțelege oferta integrală a fiecăreia dintre acestea pentru ambele loturi, astfel cum cei doi ofertanți au participat la procedura de atribuire.

Prin cererea de intervenție accesorie în interesul entității contractante, având nr. 1279/11.12.2019, înregistrată la Consiliu cu nr. 50997/11.12.2019, SC ...SRL solicită:

- *admiterea în principiu a cererii de intervenție accesorie*
- *admiterea pe fond a cererii de intervenție accesorie și respingerea contestației formulate de ... SRL ca fiind tardiv introdusă, iar în situația în care a fost introdusă în termen, respingerea contestației ca neîntemeiată în ceea ce privește oferta depusă de asocierea SC ...SRL-SC ...SRL.*

În ceea ce privește admisibilitatea cererii de intervenție, întemeiată pe art. 63 Cod proc. Civ. și art 17 din Legea nr. 101/2016, aceasta învederează că este în interesul său să sprijine apărările entității contractante, în sensul menținerii actualei finalități a procedurii față de oferta sa.

Totodată, aceasta solicită obligarea contestatoarei să facă dovada că data la care a luat cunoștință de modalitatea de evaluare a ofertelor este 25.11.2019 și ca ar fi fost în imposibilitatea (din culpa CNSC sau a entității contractante) să ia cunoștință mai devreme de dosarul achiziției.

Mai mult, în situația în care s-ar putea accepta că data luării la cunoștință ar fi fost data de 25.11.2019, socotind termenul conform dispozițiilor art. 5 din Legea nr. 101/2016 actualizată, ultima zi ar fi fost data de 05.12.2019, în timpul programului de lucru. Termenele se socotesc conform Legii nr. 101/2016, care este legea specială și nu conform Codului de procedura civilă, lege generală.

În ceea ce privește legalitatea ofertei depusă de asocierea SC ...SRL - SC ...SRL, raportată la criticile contestatoarei, intervenienta face următoarele precizări:

În fișa de date, Secțiunea III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională s-a solicitat ofertanților să aibă capacitatea de a asigura protecția informațiilor clasificate nivel „secret de serviciu”.

Conforma Anexei 1 „Procedura de testare a echipamentelor propuse de către ofertanți în cadrul propunerii tehnice pentru Loturile 1 (EDSCB) și II (scanner securitate) din Caietul de sarcini pct II lit g), fiecare ofertant va face dovada deținerii, de către reprezentanții acestuia participanți la procedura de testare, a autorizațiilor de acces la informații clasificate, nivel secret de serviciu”. Solicitarea de autorizație de acces la informații clasificate exista numai pentru această procedură.

Având în vedere că susținerea tehnică, acordată de NUCTECH WARSAWA COMPANY LTD, nu implica accesul acestei firme la informațiile clasificate puse la dispoziție de CNAB, deoarece acestea se referă exclusiv la testarea echipamentelor în perioada de evaluare a ofertelor, a solicitat clarificări entității contractante, astfel:

„În Fisa de Date la Secțiunea III.1.3a) - Capacitatea tehnică și/sau profesională, la criterii de calificare „diploma de studii și calificări profesionale” se solicită ca terțul susținător să dețină persoane care îndeplinesc condițiile pentru a avea acces la informații clasificate „secret de serviciu”. Dorim să ne precizați dacă această cerință este aplicabilă în cazul terților susținători a căror susținere nu implică accesul la informații clasificate.

Din analiza prevederilor cuprinse în documentația de atribuire, respectiv caietul de sarcini, reiese faptul că singurele informații clasificate nivel „secret de serviciu” sunt cele incluse în anexa 1.1 și anexa 1.2, informații care, potrivit principiului „nevoia de a cunoaște”, nu sunt necesare a fi aduse la cunoștința unui terț susținător.

Potrivit prevederilor art. 57 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 394/2016, intervenția susținătorului apare pe parcursul executării contractului, atunci când ofertantul declarat câștigător întâmpină dificultăți în executarea contractului.

Totodată, din analiza documentației de atribuire, pe parcursul executării contractului nu vor fi gestionate informații clasificate.

Apreciem că, impunerea unei cerințe terțului susținător care nu are legătură cu susținerea acordată și executarea contractului determină o încălcare a prevederilor art. 185 alin. (3) și (5) din Legea nr. 99/2016, motiv pentru care solicităm eliminarea acestei cerințe.”

La data de 29.07.2019, prin adresa SAA nr. 2336/29.07.2019, COMPANIA NAȚIONALĂ DE ...a comunicat și precizat că această cerință se va aplica terților susținători, numai în cazul în care susținerea implică accesul la informații clasificate.

În această situație, SC ...SRL a depus declarația pe proprie răspundere, din data de 07.08.2019, prin care a precizat că susținerea firmei NUCTECH WARSAWA COMPANY LTD nu implică accesul la informațiile clasificate, susținerea acestuia putând interveni numai în executarea contractului nu și în procedura de evaluare.

Asocierea SC ...SRL - SC EURO NUCLEAR SERVICES SRL a depus în cadrul ofertei toate documentele solicitate de autoritatea contractantă, respectiv, organigrama societăților din care reiese existența structurii de

securitate proprie, organizată în conformitate cu prevederile Legii nr. 182/2002 privind protecția informațiilor clasificate. Totodată, membrii asocierii au depus și listele cu persoanele care au acces la informațiile clasificate și a anexat autorizațiile de acces la informații secret de serviciu pentru acestea.

Pentru terțul susținător, chiar dacă nu era necesar (acesta neavând acces la informații clasificate), a depus la dosarul ofertei documentul din care reiese că împuternicitul acestuia deține Autorizație de acces la informații „EU CONFIDENTIAL”.

Conform Deciziei 2013/488/UE privind normele de securitate pentru protecția informațiilor UE clasificate există 4 niveluri de clasificare, nu 3 așa cum a prezentat contestatoarea:

- TRES SECRET UE/EU TOP SECRET: acest nivel de clasificare se aplică numai acelor informații și materiale a căror divulgare neautorizată poate aduce prejudicii deosebit de grave intereselor esențiale ale Uniunii Europene sau ale unuia sau mai multor state membre.

- SECRET EU/EU SECRET: informații și materiale a căror divulgare neautorizată poate aduce prejudicii grave intereselor esențiale ale Uniunii Europene sau a unuia sau mai multor state membre.

- CONFIDENTIEL UE/EU CONFIDENTIAL: informații și materiale a căror divulgare neautorizată poate aduce prejudicii intereselor esențiale ale Uniunii Europene sau ale unuia sau mai multor state membre.

- RESTREINT UE/EU RESTRICTED: informații și materiale a căror divulgare neautorizată poate fi în defavoarea intereselor Uniunii Europene sau ale unuia sau mai multor state membre.

Reprezentantul terțului susținător deține Autorizație de acces la informații CONFIDENTIEL UE/EU CONFIDENTIAL, aferent nivelului 3 de clasificare (secret), superior nivelului 4, corespondentul accesului la nivelul secretului de serviciu. Conform principiului „cine poate mai mult, poate și mai puțin” este evident că și terțul susținător, chiar dacă nu este necesar să aibă acces la informații clasificate, deține o Autorizație superioară solicitării entității contractante.

Conform art. 2 din Ordinul 490 din 21.12.2005 pentru stabilirea condițiilor de acces la informații UE clasificate „în funcție de importanța și sensibilitatea informațiilor există următoarele niveluri de clasificare și care au echivalență în legislația națională, după cum urmează:

ROMÂNIA	UE
SECRET DE SERVICIU	RESTREINT UE
SECRET	CONFIDENTIEL UE
STRICT SECRET	SECRET UE
STRICT SECRET DE IMPORTANȚĂ DEOSEBITĂ	EU TOP SECRET/TRES SECRET UE

În final, intervenienta arată că susținerea contestatoarei că autorizarea CONFIDENTIAL EU nu este acoperitoare pentru RESTREINT EU/SECRET DE SERVICIU nu poate fi primită, fiind evident că reprezentantul terțului susținător îndeplinește criteriile solicitate de

COMPANIA DE ..., chiar dacă nu este necesar accesul acestuia la informațiile secrete.

Prin punctul său de vedere înregistrat la Consiliu cu nr. 50967/11.12.2019, entitatea contractantă a solicitat respingerea contestației, pe cale de excepție, ca inadmisibilă și tardivă, iar pe fond, ca neîntemeiată, pentru următoarele motive:

I. Pe cale de excepție, entitatea contractantă invocă inadmisibilitatea contestației, motivând astfel:

Contestația este inadmisibilă în raport cu prevederile art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, deoarece niciuna din solicitările ...nu este îndreptată împotriva unui act al autorității contractante, în sensul legii, situație în care, pe cale de consecință nu pot fi admise nici măsurile de remediere cerute, neexistând un act care să poată fi remediat.

Toate actele contestate sunt de fapt elemente ale unei proceduri interne de luare a deciziilor autorității contractante (CNAB) care nu constituie acte atacabile prin contestație, în sensul Legii nr. 101/2016, deoarece cu privire la aceste acte nu sunt îndeplinite condițiile de admisibilitate stabilite de lege, în sensul că:

- actele atacate nu produc și nici nu pot produce efecte juridice, astfel nefiind îndeplinită condiția prevăzută de art. 3 alin. (1) litera a) din Legea nr. 101/2016;

- actele atacate nu vatămă contestatoarea, astfel nefiind îndeplinită condiția prevăzută de art. 3 alin. (1) litera f) punctul ii) din Legea nr. 101/2016.

Actele atacate nu produc și nici nu pot produce prin ele însele efecte juridice, deoarece ele nu creează, nu modifică și nu sting raporturi juridice de drept al achizițiilor publice (i.e. drepturi și obligații în cadrul procedurii de achiziție) între participanții la procedura de achiziție și autoritatea contractantă, neexistând vreun temei de drept pentru un asemenea efect în patrimoniul/sarcina vreunui participant la procedură sau a autorității contractante.

Totodată, se arată că ...nu poate, din punct de vedere logico-juridic, să fie vătămată de actele atacate. Aceste acte nu sunt decât proceduri de tip filtru prin care ofertanții sunt evaluați din perspectiva admisibilității ofertelor lor, în vederea aplicării criteriului de atribuire și luării unei decizii finale ulterioare privitoare la achiziția publică, anume decizia de excludere a acestora sau decizia de atribuire, potrivit dispozițiilor Legii nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale. Or, din această perspectivă actele atacate nu au decât caracter preparator, ele nu atribuie contractul concurenților ...și nici nu exclud ...din procedură, astfel încât ...nu suferă niciun prejudiciu prin faptul derulării procedurilor cuprinse în actele atacate.

Având în vedere cele arătate, entitatea contractantă solicită respingerea contestației ca inadmisibilă.

II. Tot pe cale de excepție, entitatea contractantă invocă și tardivitatea contestației, precizând următoarele:

Contestatoarea ...susține că a luat cunoștință de actele atacate la data de 25.11.2019, cu ocazia studierii dosarului nr. 2396/C4/2019, având ca obiect decizia entității contractante de excludere a ...din procedura de achiziție. Dacă se acceptă ipoteza susținută de contestatoare, și dacă la această ipoteză se aplică dispozițiile incidente ale art. 5 din Legea nr. 101/2016, referitoare la termenele procedurale în soluționarea contestațiilor, ...ar fi trebuit să depună contestația până cel târziu 05.12.2019.

Față de aspectele prezentate, entitatea contractantă solicită verificarea datei la care contestatoarea a înaintat contestația, raportat la dispozițiile art. 5 și art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, iar în cazul în care se constată că nu a fost introdusă în termen, solicită respingerea acesteia ca fiind tardivă.

III. Pe fondul contestației, entitatea contractantă susține următoarele:

În primul rând, entitatea contractantă arată că nu a identificat existența unui proces-verbal de evaluare care să fie încheiat în data de 02.10.2019, și care să aibă ca obiect evaluarea informațiilor din DUAE privitoare la EMP Trade, așa cum susține contestatoarea. Dimpotrivă, procesul-verbal prin care CNAB a evaluat oferta EMP este datat 30.10.2019, fapt ușor verificabil prin simpla consultare a dosarului de achiziție.

Pentru a nu întârzia procedura, entitatea contractantă consideră că ...a comis o eroare materială și că, de fapt, procesul-verbal atacat de ...în contestație este cel datat 30.10.2019, cel referitor la ofertele tuturor ofertanților, printre care și EMP.

Contrar susținerilor ..., afirmă că în mod corect, întemeiat și legal, CNAB a considerat că ofertantul EMP a fost declarată admisă, întrucât îndeplinește cerințele de calificare precizate la Secțiunea III.1. - Condiții de participare din Fișa de date, sub condiția prezentării documentelor care atestă informațiile prezentate în DUAE, în cazul clasării acesteia pe primul loc, în urma aplicării criteriului de atribuire.

Oferta EMP a fost în mod legal considerată admisibilă, neexistând obligația legală de a o respinge în temeiul dispozițiilor art. 143 alin. (2) litera b) din HG nr. 394/2016, neexistând situația ipoteză din norma invocată de ..., anume aceea în care EMP să fie un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe din criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire. În acest sens, CNAB a apreciat în mod legal că terțul susținător îndeplinește cerințele prevăzute în Fișa de date.

Entitatea contractantă susține că ...a depus toate documentele solicitate prin fișa de date a achiziției, îndeplinind cerințele din documentația de atribuire referitoare la protecția informațiilor clasificate. Astfel, terțul susținător declarat de EMP nu se va implica în niciun fel în derularea procedurii de testare (or, doar pe parcursul acestei activități sunt accesate documente secret de serviciu), drept care nu sunt

necesare, din punct de vedere legal, documente referitoare la protecția informațiilor clasificate pentru terțul susținător.

CNAB, prin răspunsul la clarificările solicitate înainte de termenul limită de depunere a ofertelor a precizat că această cerință se va aplica terților susținători, numai în cazul în care susținerea implică accesul la informații clasificate, ceea ce nu e cazul în speță. Doar etapa propunerii tehnice/lot, care este compusă din partea scrisă și activitatea de testare descrisă în Anexa nr. 1 (Procedura de testare), la caietul de sarcini, implică accesul la informații clasificate, respectiv să existe persoane care îndeplinesc condițiile pentru a avea acces la informații clasificate „secret de serviciu”. Atât acordul cadru, cât și contractele subsecvente nu sunt declarate secret de serviciu, iar pe toată perioada de derulare a acestora, furnizorul nu va gestiona sau accesa informații clasificate secret de serviciu.

Referitor la Autorizarea EU Confidențial deținută de dl. ..., critica potrivit căreia nu ar reprezenta autorizație de acces la informații secrete de serviciu în sensul dispozițiilor legale menționate în fișa de date a achiziției, se arată următoarele: întrucât terțul susținător nu este implicat în procedura de testare a echipamentelor de securitate oferite, documentul depus de către EMP pentru terț, respectiv Autorizarea EU Confidențial deținută de dl. ...a fost depusă în plus față de documentele solicitate și drept urmare comisia de evaluare nu a luat-o în considerare.

De asemenea, se menționează că entitatea contractantă nu a impus niciun număr de persoane care să asigure derularea atât a acordului cadru, cât și a contractelor subsecvente.

În ce privește afirmația potrivit căreia nu se specifică în documentația depusă de EMP legătura persoanei numite (dl. ...) cu terțul susținător, se arată că terțul susținător declarat este NUCTECH WARSAW COMPANY LIMITED Sp.z.o.o, iar domnul ...- Director Vânzări Europa de Est este împutenicit de către această societate.

Privitor la oferta ...SA, entitatea contractantă arată că este greșită afirmația ...cum că ar exista la dosarul de achiziție documente constatatoare din care ar rezulta că atât ofertantul, cât și terțul susținător al acestuia se află în situație de excludere pentru motive privind încetarea anticipată a altui contract, daune interese sau sancțiuni comparabile.

În fapt, s-a apreciat că nici ...și nici terțul susținător al ...nu se încadrează în situația ipoteză reglementată de art. 180 alin. (1) litera g) din Legea nr. 99/2016 din următoarele motive:

Din documentația prezentată de ...reiese că, în urma unei analize interne, ...a determinat faptul că principalul motiv al rezilierii de către autoritatea contractantă a contractului subsecvent nr. 409/06.11.2018 dintre ...și Societatea Națională de Gaze Naturale Romgaz, au fost erori de testare generate de aplicațiile dezvoltate de un colaborator PFA Liviu Năstase. CNAB a apreciat, așa cum legea îi permite, că această cauză de reziliere a contractului sus-amintit, nu constituie, în sensul art. 180 din

Legea nr. 99/2016, o încălcare gravă sau repetată a obligației principale ce i-ar fi revenit lui ...în cadrul contractului.

Entitatea contractantă menționează că nu există text în Legea nr. 99/2016 sau în alte acte normative care să stabilească faptul că modul în care un terț, fie el chiar și autoritate contractantă, cum e Romgaz, a decis și a acționat în cadrul unui alt contract de achiziție publică în care a fost implicat ofertantul, ar crea o prezumție de legalitate și/sau temeinicie asupra actului rezilierii acelui contract, care să aibă ca efect ope legis încadrarea automată a ofertantului în situația ipoteză de excludere într-o viitoare procedură de achiziție.

Faptul rezilierii unui contract ține de voința subiectivă a părții care o invocă, neconstituind un element cu valoare absolută care să ducă la concluzia că încălcarea obligației ce ar constitui temeiul rezilierii este automat gravă în sensul Legii nr. 99/2016 și că încadrează de drept ofertantul într-o situație de excludere, într-un proces de achiziție publică viitor.

Dimpotrivă, legea lasă la aprecierea autorității contractante să stabilească, în cadrul procedurii de achiziție, dacă anumite circumstanțe relevate de documentele depuse de ofertant, constituie încălcări grave ale obligației principale a ofertantului dintr-un contract anterior care a fost reziliat. Or, în speța de față, CNAB a făcut uz tocmai de acest drept de apreciere, al cărui temei se află în însuși textul art. 180 din Legea nr. 99/2016 invocat de contestatoare, apreciind că oferta ...îndeplinește cerința relevantă, neexistând o încălcare gravă a contractului relevant.

Pentru aceleași argumente, mutatis mutandis, nici terțul susținător, ...GRUP S.A., nu se află în situația ipoteză din art. 180 din Legea nr. 99/2016 care să ducă la excluderea ofertantului din procedură. În lumina celor expuse, nici situația în care lui ...GRUP S.A. i-au fost aplicate penalități de către autoritatea contractantă ANCOM, în cadrul unui contract de achiziție publică din trecut, nu constituie, conform legii, un motiv de excludere de drept a ofertantului, CNAB având, în calitate de autoritate contractantă, drept de apreciere dacă aceste penalități au fost sau nu rezultatul unei încălcări grave a contractului, așa cum reiese aceasta din documentația ofertei.

Or, analizând documentația de achiziție relevantă, CNAB susține că a apreciat, în mod legal și întemeiat, că faptul stabilirii acelor penalități nu atrage automat sancțiunea excluderii din procedură prevăzută de art. 180 din Legea nr. 99/2016, nefiind vorba în speță de o încălcare gravă sau repetată (întârzierea de numai 14 zile nefiind apreat de CNAB ca un fapt grav sau repetat) a obligației principale, câtă vreme ANCOM a emis, așa cum arată și contestatoarea, un document constatator (SCDL-28937/25.10.2017) prin care a arătat că a aplicat penalități de întârziere, dar în același timp a menționat că obligațiile au fost îndeplinite corespunzător, neexistând prejudicii aduse autorității contractante.

Prin cererea de intervenție accesorie în interesul entității contractante, înregistrată la Consiliu cu nr. 51579/16.12.2019, SC ...SA și SC ...GRUP SA, ambele reprezentate de STOICA & Asociații SCA, prin Dan-Rareș Radu, solicită admiterea cererii de intervenție și respingerea contestației, pe cale de excepție, ca tardiv introdusă, iar pe fond, ca neîntemeiată, și menținerea deciziei entității contractante de declarare ca admisibilă a ofertei depuse de SC ...SA, pentru următoarele motive:

În fapt, SC ...SA a participat la procedura de atribuire alături de societatea ...GRUP SA, aceasta din urmă având calitatea de terț susținător al ...FM în privința capacității tehnice și profesionale.

Prin adresa nr. 3477/30 octombrie 2019, CNAB a comunicat ...FM că oferta depusă pentru Lotul 2 de echipamente de securitate îndeplinește cerințele de calificare precizate la Secțiunea III. 1) Condiții de participare din fișa de date, motiv pentru care ofertantul este declarat admis pentru etapa următoare de evaluare a propunerii tehnice.

În ceea ce privește admisibilitatea cererii de intervenție accesorie în interesul CNAB, aceasta susține că este admisibilă în temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și art. 61 alin. (1) și (3) C. pr. civ.

În ceea ce privește admisibilitatea cererii de intervenție accesorie, la nivel doctrinar s-a stabilit că cererea de intervenție în interesul uneia dintre părți este admisibilă dacă intervenientul accesoriu justifică un interes propriu, urmărind obținerea unui folos pentru sine. Or, interesul ...FM de a interveni în procedura de soluționare a prezentei contestații este unul evident, deoarece prin această contestație este pusă în discuție tocmai admisibilitatea ofertei sale. În ceea ce privește interesul ...GRUP, acesta coincide cu cel al ...FM, întrucât ...GRUP are calitatea de terț susținător al ...FM în procedura de atribuire.

În ceea ce privește contestația ... SRL, intervenienta apreciază că, pe cale de excepție, aceasta este tardiv formulată, având în vedere că ...a luat la cunoștință de modalitatea de evaluare a ofertelor la data de 25 noiembrie 2019, în urma studierii la CNSC a dosarului nr. 2396/C4/2019, termenul de contestare prevăzut de art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 începând să curgă de la această dată.

Prin raportare la dispozițiile art. 5 și art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, rezultă că termenul de formulare a contestației s-a împlinit la data de 5 decembrie 2019. Cu toate acestea, din cuprinsul informațiilor disponibile pe portalul CNSC, rezultă că ...TG a înregistrat contestația la data de 6 decembrie 2019.

Pe fondul contestației, intervenienta apreciază contestația ... SRL ca fiind neîntemeiată pentru următoarele considerente:

1. Referitor la documentul constatator emis împotriva ...FM:

Chiar dacă un ofertant se încadrează într-o ipoteză de excludere din procedura de atribuire, entitatea contractată poate decide menținerea sa în procedură atunci când acesta se află în situația de excepție prevăzută de art. 184 alin. (2) din Legea nr. 99/2016. Această reglementare se află

în strânsă legătură cu principiul asumării răspunderii, statuat de art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale.

Prin urmare, atâta timp cât autoritatea contractantă cunoaște că unul dintre ofertanți se află într-o potențială situație de excludere, rămâne la aprecierea acesteia dacă în legătură cu acest ofertant este incidentă sau nu situația de excepție prevăzută de art. 184 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

În acest sens s-a exprimat, în mod clar și neechivoc, și Agenția Națională pentru Achiziții Publice în cuprinsul unui punct de vedere publicat pe site-ul acesteia în secțiunea Biblioteca de spețe:

"Precizăm că un operator economic care nu și-a îndeplinit/executat obligațiile asumate și aflate în sarcina sa, fapt ce a condus la încetarea anticipată a contractului, se încadrează în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016. Pe de altă parte, operatorul economic poate să nu fie exclus din procedura de atribuire în măsura în care furnizează dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea (art. 171 alin. (1)-(3) din Legea nr. 98/2016). [...]"

În acest context, subliniem că autoritatea contractantă este singura în măsură să analizeze situația concretă, în baza documentelor depuse, a dovezilor privind măsurile luate pentru demonstrarea în mod concret a credibilității și a informațiilor privind împrejurările/cauzele care au condus la încălcarea în mod grav a obligațiilor principale din cadrul contractului, și să decidă în consecință."

Acest punct de vedere emis de ANAP a fost însușit de jurisprudență, chiar Curtea de Apel București statuând următoarele:

"Autoritatea contractantă era îndreptățită să stabilească, având în vedere și principiul asumării răspunderii dacă o ofertă se încadrează sau nu în excepția reglementată de legiuitor prin art. 184 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, textul nefiind unul imperativ care să oblige entitatea contractantă la menținerea în procedură a operatorului economic."

Față de toate cele reținute, Curtea constată că, în aplicarea corectă a legii, autoritatea contractantă și-a exercitat dreptul de apreciere în limitele impuse de lege, stabilind motivat, prin prisma documentelor depuse și explicațiilor oferite, că măsura menținerii în procedură a contestatoarei S, ce se afla într-un caz de excludere, nu se impune, asumându-și răspunderea pentru soluția adoptată. Fiind singura în măsură să aprecieze oportunitatea menținerii în procedură a unui operator economic aflat în această situație, nici consiliul și nici instanța nu pot interveni".

În speța de față, cunoscând faptul că Romgaz a emis un document constatat negativ cu privire la ...FM, CNAB a decis să o mențină în procedura de atribuire.

Această decizie a avut la bază informațiile oferite de către intervenientă în vederea dovedirii credibilității sale:

- ...FM a respectat termenele contractuale de livrare de produse/prestare servicii (pct. 8 lit. b) din documentul constatator);
- Nu au fost aduse prejudicii autorității contractante, așa cum reiese și din pct. 9 al documentului constatator;
- Acordul cadru nu a fost reziliat în ceea ce privește relația contractuală cu ...FM, fiind posibil ca în viitor să fie încheiat un nou contract subsecvent cu ...FM;
- Contractul subsecvent nu a implicat niciun cost pentru Romgaz, deoarece soluția de monitorizare și sistemele livrate și instalate de către ...FM au fost puse la dispoziția Romgaz fără costuri pe toată perioada de derulare a contractului subsecvent;
- ...FM nu este de acord cu rezilierea, în condițiile în care cea mai mare parte a obiectivelor urmărite de către autoritatea contractantă la atribuirea contractului au fost atinse, cu ocazia testării semnalându-se extrem de puține erori, care puteau fi corectate în cel mai scurt timp;
- În urma unei analize interne, s-a determinat faptul că principalul motiv al rezilierii contractului subsecvent au fost erorile de testare generate de aplicațiile dezvoltate de către colaboratorul Persoana Fizică Autorizată Liviu Năstase, astfel încât ...FM a reziliat contractul încheiat cu acest colaborator și a refuzat plata serviciilor prestate.

Intervenienta precizează că, având în vedere faptul că autoritatea contractantă, exercitându-și în limitele impuse de lege dreptul de apreciere acordat prin art. 184 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, a stabilit că a primit asigurări suficiente cu privire la capacitatea ...FM de a executa contractul, această decizie de oportunitate nu poate fi cenzurată de către CNSC. Mai mult decât atât, CNSC nu ar putea să se pronunțe cu privire îndeplinirea condițiilor prevăzute de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, respectiv gravitatea încălcării contractuale săvârșite de ...GRUP și aplicarea sancțiunii rezilierii, întrucât atât notificarea de reziliere a contractului dintre ...FM și Romgaz, cât și documentul constatator emis de Romgaz au fost atacate în instanță de către ...FM, în prezent aflându-se în curs de soluționare următoarele litigii referitoare la aceste documente:

- Dosarul nr. 2193/85/2019. având ca obiect anularea Notificării de reziliere nr. 2262/13 februarie 2019, a cărei soluționare a fost declinată de Tribunalul Sibiu către Judecătoria Mediaș;

- Dosarul nr. 4388/2/2019, având ca obiect anularea Documentului constatator nr. 3092/26 februarie 2019, a cărei soluționare a fost declinată de Curtea de Apel București către Tribunalul București.

În consecință, valabilitatea notificării de reziliere și a documentului constatator a fost contestată, urmând ca instanța de judecată să se pronunțe cu privire la aceasta.

2. Referitor la documentul constatator emis împotriva ...GRUP:

Precizările din secțiunea anterioară referitoare la dreptul suveran de apreciere conferit autorității contractante de art. 184 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 cu privire la credibilitatea operatorului economic

participant la procedura de atribuire sunt pe deplin aplicabile și în privința documentului constatator emis de către ANCOM.

Prin urmare, intervenienta consideră că CNSC nu este în măsură să cenzureze decizia CNAB de a menține ...GRUP în procedura de atribuire. Mai mult decât atât, ...GRUP nu se încadrează oricum în situația de excludere prevăzută de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, deoarece nu sunt îndeplinite condițiile prevăzute de acest articol. Potrivit acestui text, pentru a fi incidentă situația de excludere, este necesar ca încălcările contractuale imputate ofertantului să fi condus la încetarea anticipată a contractului, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Or, în cuprinsul documentului constatator emis de ANCOM, s-a arătat că obligațiile au fost îndeplinite corespunzător și că nu au fost înregistrate neconformități care să conducă la refaceri parțiale sau totale, cazuri de accidente tehnice sau recepții respinse datorită nerespectării parametrilor de calitate care să cauzeze prejudicii autorității contractante, însă entitatea contractantă a aplicat penalități pentru cele 14 zile de întârziere, care au fost deduse și reținute din obligația de plată a prețului pentru serviciile prestate.

Referitor la susținerile contestatoarei potrivit cărora penalitățile aplicate constituie daune-moratorii și se încadrează în prevederile art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, intervenienta precizează că, în realitate, penalitățile de întârziere nu se încadrează în sfera daunelor-interese sau sancțiunilor comparabile avute în vedere de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, respectiv art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, aspect care a fost clarificat inclusiv de către ANAP.

Având în vedere solicitarea Consiliului privind emiterea unui punct de vedere cu privire la Hotărârea nr. 2185/17.12.2019 a Curții de Apel București, pronunțată în dosarul nr. 29450/3/2017 (2967/2019), ... SRL, în calitate de lider al asocierii ... SRL - ...SA, precizează următoarele:

La data depunerii ofertelor până la pronunțarea Hotărârii nr. 2185/17.12.2019, asociatul ...SA s-a aflat în procedura insolvenței în perioada de observație, hotărârea privind intrarea în faliment a acesteia fiind suspendată.

La data pronunțării Hotărârii nr. 2185/17.12.2019, prin care a fost respins apelul formulat de ...SA împotriva Sentinței nr. 5042/24.09.2019, prin care s-a dispus intrarea în faliment, situația ofertantului Asocieria ... SRL urmează a fi analizată de entitatea contractantă prin prisma aptitudinii membrului asocierii ... SRL de a fi admisă ca ofertant, în raport de prevederile art. 180 alin. (1) lit. b) și art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 99/2016 și de jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene.

Conform hotărârii pronunțată în cauza C-396/14, CJUE a statuat că: *"Principiul egalității de tratament a operatorilor economici, care figurează la articolul 10 din Directiva 2004/17/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 de coordonare a*

procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale coroborat cu articolul 51 din aceasta, trebuie interpretat în sensul că o entitate contractantă nu încalcă principiul respectiv atunci când îl autorizează pe unul dintre cei doi operatori economici care au făcut parte dintr-un grup de întreprinderi care a fost invitat ca atare să depună o ofertă de către entitatea menționată să se substituie grupului amintit ca urmare a dizolvării acestuia și să participe în nume propriu la o procedură negociată de atribuire a unui contract de achiziții publice, cu condiția de a se stabili, pe de o parte, că acest operator economic îndeplinește singur cerințele stabilite de entitatea menționată și, pe de altă parte, că continuarea participării sale la procedura amintită nu atrage o deteriorare a situației concurențiale a celorlalți ofertanți".

Drept urmare, petenta consideră că, având în vedere cele de mai sus, falimentul unui membru al asocierii ce are calitatea de ofertant într-o procedură de atribuire nu afectează, la data pronunțării falimentului, nici situația ofertei depuse și nici a calității procesuale sau capacității contestatorului lider al asocierii care nu se află în situația de faliment. În calitate de lider al asocierii, ... SRL înțelege să susțină în continuare contestațiile formulate în prezenta procedură, interesul acesteia fiind actual, atât din perspectiva reevaluării ofertei asocierii excluse inițial (dosar 2396/2019), cât și sub aspectul reevaluării tuturor celorlalte oferte rămase în competiție (dosar 2611/2019).

În opinia sa, câtă vreme oferta asocierii nu este definitiv exclusă din procedură ca urmare a insolvenței/falimentului membrului asocierii, ...TECHNOLOGIES SRL poate solicita soluționarea contestațiilor în raport de motivele invocate, apreciind că interesul în prezenta procedură, în numele asocierii (și în nume propriu), subzistă, fiind îndeplinită și cerința cumulativă pentru definirea calității de parte vătămată prin riscul prejudicierii ca urmare a unei excluderi nelegale a ofertei prin raportare la dispozițiile legale anterior invocate și prin raportare la hotărârile obligatorii ale OUE cu privire la interesul în atacarea ofertelor concurente.

Prin punctul său de vedere nr. 5522/20.12.2019, înregistrat la Consiliu cu nr. 52684/20.12.2019, cu privire la Hotărârea nr. 2185/17.12.2019 a Curții de Apel București, prin care instanța de judecată a decis în mod definitiv respingerea apelului ...S.A. împotriva sentinței civile nr. 5042/24.09.2019, care stabilea intrarea în faliment a ...S.A., entitatea contractantă precizează următoarele:

La acest moment, prin efectul hotărârilor judecătorești, ...S.A., ca membru al asocierii ...TECHNOLOGIES GRUP S.R.L. - ...S.A., se află în stare de faliment, iar nu în situația juridică invocată prin contestație, respectiv societate aflată în perioada de observație cu plan de reorganizare adoptat de Adunarea Creditorilor. Această din urmă situație juridică, ce constituie cheia de boltă a susținerilor și cererilor din contestația ..., nu mai subzistă la acest moment.

În drept, noua situație juridică a ...S.A. are următoarele efecte:

Dincolo de argumentele ...din contestație, care devin caduce întrucât se bazează pe vechea situație juridică a ...TEELCOM S.A., devin în mod deplin și indiscutabil incidente dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 99/2016, în temeiul cărora urmează ca CNSC să constate că, în lumina dispozițiilor legislației insolvenței, ...se află în lichidare, ca efect al stării sale de faliment, dispuse de instanță. Or, starea de lichidare este un motiv de excludere din procedura de atribuire a contractului sectorial, expres prevăzut de textul art. 180 alin. (1) litera b) din Legea nr. 99/2016.

Starea de faliment/lichidare a ...atrage aplicarea acestui motiv de excludere asupra întregii Asocieri ..., scopul urmărit în mod vădit de legiuitor prin edictarea art. 180 alin. (1) litera b) din Legea nr. 99/2016 fiind acela de a proteja interesele economice ale entității contractante (ca exponent al interesului public) față de ofertanții (indiferent dacă ofertanții sunt asocieri sau nu) care nu prezintă garanția bunei executări a contractului ce urmează a fi atribuit, situație în care asocierea ...se află, fără dubiu, având în vedere faptul că unul din cei doi participanți (50% din asociere) se află în lichidare. Lichidarea presupune că societatea nu va mai putea să își îndeplinească nicio obligație, patrimoniul său urmând a fi lichidat conform legii, și urmând ca activitatea și însăși existența sa să înceteze.

În plus, și dacă prin absurd s-ar accepta teza opusă, că teoretic o asociere ar putea face dovada capacității de a executa contractul, asocierea ...nu ar putea fi exceptată de la aplicarea art. 180 alin. (1) litera b) din Legea nr. 99/2016, deoarece potrivit documentelor din dosarul de achiziție, asocierea nu a făcut dovada că ... S.R.L. ar putea îndeplini singură obligațiile atrase prin contractul sectorial.

De altfel nici nu ar fi putut să facă această dovadă, simplul fapt al asocierii ... S.R.L. cu ...S.A. ducând la concluzia că niciunul din membrii asocierii nu ar fi avut capacitatea de a executa contractul în mod individual, altfel asocierea nefiind justificată din toate punctele de vedere - tehnic, economic.

În noua situație juridică a ...S.A. (faliment/lichidare), asocierea ...nu se încadrează în excepția prevăzută de art. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, acel articol referindu-se la alte situații decât cea din speță, ceea ce înseamnă că asocierea ...nu poate invoca în mod valabil acest articol pentru a evita excluderea sa din procedura de achiziție.

Urmare cererii de intervenție înaintată de SC ...SA - ...GRUP SA, contestatoarea a depus adresa nr. 2289/23.12.2019, înregistrată la Consiliu cu nr. 53067/24.12.2019, prin care solicită:

- *admiterea excepției lipsei de interes a ...GRUP SA în formularea cererii de intervenție, acesta neavând calitatea de ofertant în procedură;*
- *respingerea excepției tardivității contestației;*
- *respingerea ca nefondată a cererii de intervenție.*

Excepția lipsei de interes a ...GRUP SA în formularea cererii de intervenție:

Interesul în promovarea cererii de intervenție se raportează la prevederile art. 32 Cod proc. civ. și art. 33 Cod proc. civ. Cu toate acestea, chiar dacă interesul nu este născut și actual, se poate formula o cerere cu scopul de a preveni încălcarea unui drept subiectiv amenințat sau pentru a preîntâmpina producerea unei pagube iminente și care nu s-ar putea repara.

Astfel, petenta arată că ...GRUP SA are calitate de terț susținător al ofertantului ...SRL, iar terțul susținător nu are un interes personal în formularea de acte procedurale (contestații, cereri de intervenție etc.) în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică.

În raport cu prevederile codului de procedură civilă invocate, doctrina juridică arată că prin interes se înțelege folosul practic, material sau moral, urmărit de cel care a pus în mișcare acțiunea civilă, indiferent de forma concretă de manifestare a acesteia - cerere în justiție sau apărare de fond. Astfel, în ce privește terțul susținător se cuvine a analiza care este folosul practic al acestuia în promovarea prezentei contestații, câtă vreme nu este participant la procedură.

Dispozițiile art. 66 din Legea nr. 99/2016 circumstanțiază participantul la procedură doar la ofertant, fie cu ofertă independentă, fie cu ofertă în asociere.

Se mai precizează că terțul susținător nu are un interes personal și actual la data formulării cererii de intervenție, cel mult un interes eventual, dar numai pe durata executării contractului, în raport cu operatorul pentru care acordă susținere și, în plus față de aceasta, interesul său se naște în raporturile cu ofertantul, nu cu autoritatea contractantă sau ceilalți participanți.

Pentru toate aceste motive petenta solicită respingerea cererii de intervenție accesorie formulată de ...GRUP SA, prin admiterea excepției lipsei de interes a acesteia în formularea cererii.

Caracterul nefondat al excepției tardivității contestației:

Intervenientele au calculat în mod identic termenul de formulare a contestației, iar excepția a fost invocată doar sub rezerva verificării modalității de transmitere a contestației.

Având în vedere că la data de 05 decembrie a fost formulată și expediată contestația către Consiliu și către entitatea contractantă, petenta solicită să se constate că excepția este nefondată și să fie respinsă, ca urmare a încadrării în termenul prevăzut de art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

Fondul cererii de intervenție:

Ca urmare a naturii intervenției accesorii, intervenienta susține punctul de vedere al autorității contractante cu privire la evaluarea documentelor de calificare ale acesteia, mai precis cu privire la documentele constatoare analizate în etapa evaluării, atât pentru ofertant, cât și pentru terțul susținător.

În susținerea cererii de intervenție în folosul autorității contractante intervenienta se prevalează de dispozițiile art. 184 alin. (2) din Legea nr. 99/2016. La aceasta adaugă aplicarea principiului asumării răspunderii de către autoritatea contractantă, principiu prevăzut la dispozițiile art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 99/2016, arătând că dreptul de apreciere cu privire la credibilitatea operatorului economic participant la procedură îi revine exclusiv autorității contractante.

În opinia contestatoarei, următoarele aspecte sunt criticabile în motivarea cererii de intervenție referitoare la documentul constatator negativ emis împotriva ...SRL:

Se afirmă că numai autoritatea contractantă se poate pronunța cu privire la credibilitatea ofertantului care se află în una din situațiile prevăzute de art. 180 din Legea nr. 99/2016, nici Consiliul și nici instanța de judecată neavând vreun drept de apreciere asupra acestui aspect.

Documentul constatator negativ a fost atacat la instanța de judecată, împreună cu notificarea de reziliere a contractului, fapt care ar fi de natură să împiedice Consiliul să se pronunțe cu privire la încadrarea ofertantului în prevederile art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016.

Ambele susțineri sunt nefondate, având în vedere următoarele:

a) Cu privire la dreptul exclusiv al entității contractante de a aprecia cu privire la credibilitatea ofertantului care se află în una din situațiile de excludere, petenta apreciază că orice decizie a entității contractante poate fi atacată și supusă cenzurii Consiliului sau instanței de judecată, în temeiul dispozițiilor art. 8 și art. 49 din Legea nr. 101/2016, inclusiv în situația în care este vizată aplicarea unui principiu din cele prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 - cum este cazul invocării în speță a principiului asumării răspunderii - aceasta nu poate face obiectul exclusiv al analizei entității contractante, fără a pune la dispoziția persoanelor vătămate mijloace efective de remediere a actelor nelegale. Aprecierea oportunității de către autoritatea contractantă în baza principiului asumării răspunderii nu poate fi opusă celorlalte principii care guvernează achizițiile sectoriale, cum este principiul nediscriminării și al egalității de tratament a ofertanților.

În caz contrar, orice act al autorității contractante ar putea fi calificat ca legal în temeiul principiului asumării răspunderii, contrar prevederilor pct. (17) din preambulul Directivei 2007/66 de modificare a Directivelor 89/665/CEE și 92/13/CEE ale Consiliului în ceea ce privește ameliorarea eficacității căilor de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziții publice: *"(17) O cale de atac ar trebui să fie accesibilă cel puțin oricărei persoane care are sau a avut vreun interes în obținerea unui anumit contract și care fost prejudiciată sau riscă să fie prejudiciată printr-o presupusă încălcare"*.

Aprecierea credibilității unui operator aflat în unul din cazurile prevăzute de art. 180 din Legea nr. 99/2016 nu beneficiază de un grad ridicat de detaliere legislativă, însă aceasta nu înseamnă că entitatea

contractantă nu va avea în vedere respectarea tuturor principiilor aplicabile, astfel cum acestea sunt prevăzute de lege. Principiul egalității de tratament, ca principiu fundamental al achizițiilor publice, este strâns legat de principiul transparenței, care impune entității contractante să prezinte tuturor participanților aceleași informații în vederea depunerii ofertelor sau candidaturilor, iar pe durata evaluării, să ofere în procesul de evaluare, toate informațiile pe care să se bazeze orice persoană interesată cu privire la legalitatea actelor emise de entitate.

Petenta a constatat că, în ce privește evaluarea documentului constatator negativ emis pe numele ofertantei ...SRL, nu există nicio apreciere a entității contractante, nicio argumentare a modului cum a stabilit și evaluat credibilitatea operatorului economic în raport cu dispozițiile legale. Singura mențiune în Procesul verbal de evaluare din 30.10.2019 (în mod eronat în contestație a fost menționată data de 02.10.2019) cu privire la certificatul constatator negativ a entității este "cerință îndeplinită". Or, aprecierea credibilității în raport de informațiile și documentele puse la dispoziție de ofertant, trebuie să releve un raționament care conduce la concluzia existenței sau nu a motivului de excludere.

În absența unor astfel de mențiuni în actele entității contractante, rezultă că nu este o evaluare legală a ofertei și se ridică ipoteza unei evaluări care nu îndeplinește criteriul obiectivității!, cu atât mai mult cu cât intervenienta nu a oferit suficiente elemente și probe care să conducă la o altă concluzie decât aceea că se află în situația de excludere prevăzută la dispozițiile art. 180 din Legea nr. 99/2016.

Din jurisprudența CJUE rezultă, de asemenea, că „principiul egalității de tratament presupune o obligație de transparență pentru a permite verificarea respectării sale”.

Sub acest aspect, este nelegală declararea admisibilă a ofertei ...SRL, care, urmare a Documentului constatator negativ nr. 3092/26.02.2019, cu mențiuni referitoare la rezilierea contractului de servicii nr. 409/06.11.2018, se încadrează în cazurile de excludere prevăzute de art. 180 din Legea nr. 99/2016.

Cât privește aprecierea credibilității operatorului economic raportat la informațiile și documentele puse la dispoziție, petenta consideră că ...SRL nu a făcut această dovadă necesară pentru a fi exceptat de la cazurile de excludere. Atacarea la instanța de judecată a notificării de reziliere și a documentului constatator nu constituie în sine o dovadă a credibilității operatorului economic până la pronunțarea instanței în sensul anulării actelor. Împrejurarea că rezilierea a privit un contract subsecvent și că, în fapt, culpa pentru executarea necorespunzătoare a aparținut unui subcontractant, de asemenea nu fac să fie înlăturate efectele documentului constatator negativ, cunoscut fiind că dispozițiile art. 232 alin. (6) din Legea nr. 99/2016 nu prevăd limitarea sau înlăturarea răspunderii ofertantului în situația subcontractării unei părți din contract.

b) În ce privește susținerea intervenientei că CNSC nu se poate pronunța asupra îndeplinirii condițiilor prevăzute de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, respectiv gravitatea încălcării contractuale săvârșite de, petenta precizează următoarele:

Întrucât pe rol se află cauzele privind cererea de anulare a Notificării de reziliere și cererea de anulare a Documentului constatator negativ, petenta solicită Consiliului să constate că ambele documente atacate își produc pe deplin efectele până la anularea acestora. Intervenienta nu a făcut dovada suspendării efectelor celor două documente administrative, astfel că CNSC se poate pronunța cu privire la situațiile prevăzute de art. 180 din Legea nr. 99/2016 în raport de documentele puse la dispoziție de ofertanți și entitatea contractantă, valabile sau care își produc efectele la data evaluării.

În opinia contestatoarei, rezilierea este cea mai gravă sancțiune contractuală, reprezentând o încălcare gravă a obligațiilor contractuale, ce nu mai poate fi remediată. În toate situațiile în care este vorba de rezilierea contractelor de achiziție publică, se poate aprecia că abaterea este gravă și ofertantul împotriva căruia s-a emis un document constatator care menționează acest aspect, trebuie să fie exclus din procedură. În caz contrar, revenind la principiul egalității de tratament mai sus invocat, entitatea contractantă admite în mod nelegal în competiție un ofertant care are o conduită contractuală necorespunzătoare în istoricul activității sale, decizia de admitere încălcând astfel scopul dispozițiilor art. 180 din Legea nr. 99/2016, care nu doar că protejează entitatea contractantă de o eventuală neexecutare a contractului, ci asigură deopotrivă îndeplinirea scopului legii, acela de a achiziționa bunuri și servicii în condiții concurențiale corecte și în condiții de eficiență economică și socială.

Cu privire la celălalt document constatator negativ emis împotriva ...GRUP SA, petenta apreciază că îndrumările metodologice pe spețe ale ANAP nu pot fi transpuse automat în procedurile de atribuire și nici nu pot constitui dovadă a neîncadrării în cazurile de excludere prevăzute de dispozițiile art. 180 mai sus invocat.

Chiar în situația în care ofertantul sau terțul susținător prezintă un document din care rezultă că într-un contract anterior i-au fost aplicate penalități de întârziere pentru neîndeplinirea obligațiilor și că a luat măsuri autocorective prin asumarea acestora, obligația entității contractante este aceea de a analiza situația la care face referire documentul constatator.

De altfel, chiar ANAP face trimitere la prevederile recitalului (101) din Directiva 2014/24/UE, potrivit căruia autoritățile contractante ar trebui *"să fie în măsură să excludă candidați sau ofertanți a căror performanță în alte contracte de achiziții publice din trecut au arătat deficiențe majore în ceea ce privește cerințele pe fond, de exemplu, neexecutarea obligației de a furniza dau de a executa, deficiențe semnificative ale produsului sau ale serviciului furnizat, ceea ce le face*

inutilizabile pentru scopul propus, sau un comportament necorespunzător care aruncă îndoieli serioase cu privire la fiabilitatea operatorului economic".

În cazul de față, entitatea contractantă urma a constata că obligația încălcată de către terțul susținător în contractul la care se referă documentul constatator amintit, privește neîndeplinirea unei obligații esențiale a contractului, respectiv termenul de livrare.

Drept pentru care, simpla invocare a consilierii metodologice a ANAP nu este suficientă pentru asigurarea legalității evaluării efectuate de către entitatea contractantă.

Urmare cererii de intervenție a SC ...SRL, contestatoarea a transmis adresa nr. 2287/23.12.2019, înregistrată la Consiliu cu nr. 53066/24.12.2019, prin care solicită respingerea cererii de intervenție ca nefondată și admiterea contestației, cu constatarea faptului că entitatea contractantă a încălcat dispozițiile art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016 și ale art. 2 din Legea nr. 99/2016, admitând o ofertă care nu îndeplinește cerințele din documentația de atribuire.

Prin Răspunsul nr. 2336/29.07.2019 la solicitările de clarificări primite de la operatorii economici, prin care se cerea lămurirea cerinței privind autorizațiile de secret de serviciu pentru terții susținători, entitatea contractantă a răspuns: *"Entitatea contractantă menține cerința, cu precizarea că aceasta se va aplica terților susținători numai în cazul în care susținerea implică accesul la informații clasificate"*.

Petenta arată că, dacă s-ar accepta afirmația intervenientei că terțul susținător, care intervine doar în executarea contractului, nu ar avea acces la documente sau informații clasificate „secret de serviciu” (întrucât astfel de documente se regăsesc doar în perioada de testare), atunci nu ar exista nicio justificare pentru răspunsul la solicitarea de clarificări emis de entitatea contractantă, pentru că în nicio situație terțul susținător nu ar avea acces la astfel de informații.

În mod concret, terțul susținător poate avea acces la informații clasificate „secret de serviciu” chiar pe durata executării contractului. Atât intervenienta, cât și entitatea contractantă afirmă că doar pe perioada efectuării testării, în etapa evaluării ofertelor, vor fi accesate informații clasificate, omițând însă că acordul cadru ce face obiectul achiziției îl reprezintă atât furnizarea echipamentului, cât și servicii de instalare, întreținere și reparații în perioada de garanție.

Cum informațiile din etapa testării sunt clasificate, înseamnă că și rezultatele testării au același regim, parametrii tehnici și de performanță care vor fi stabiliți ca urmare a testării constituind elemente ale ofertei operatorului economic care va fi declarat câștigător.

Astfel cum rezultă din Anexa 1 depusă de intervenientă, scenariile de testare și caracteristicile testate sunt prevăzute în Anexa 1.1. și Anexa 1.2. clasificate secret de serviciu. Rezultatele testărilor se consemnează în formularele centralizator de testare pentru fiecare

echipament testat, informații care, de asemenea, sunt clasificate secret de serviciu.

Rezultatele testărilor stabilesc în fapt nivelul de performanță și caracteristici tehnice specifice, parametri ce trebuie mențin...pe toată durata de viață a echipamentelor oferite.

Parametrii obțin...în perioada de testare stau la baza ofertei tehnice a operatorilor economici și la baza contractului. Aceasta înseamnă că la fiecare operațiune de întreținere sau intervenție asupra echipamentelor, în perioada de garanție, executantul acestui serviciu va avea acces la informațiile clasificate reprezentate de rezultatul testărilor conform Anexei 1.1. și Anexei 2.2. Se va avea în vedere și Angajamentul din data de 22.07.2019, emis de terțul susținător prin dl. ..., prin care se confirmă accesul la oferta depusă de ...SRL și ...SRL: *"ne obligă în mod ferm, necondiționat și irevocabil, să punem la dispoziția Asocierii dintre ...SRL și ...SRL (denumită în continuare Asocierea EMP/ENSS) toate resursele tehnice și profesionale necesare pentru îndeplinirea integrală și la termen a tuturor obligațiilor asumate de acesta/aceștia, conform ofertei prezentate și contractului de achiziție publică ce urmează a fi încheiat între ofertant și autoritatea contractantă"*.

Cu rezultatele testărilor, care constituie informație clasificată „secret de serviciu”, parte din oferta și din contractul de achiziție publică, rezultă că și terțul susținător are acces la aceste informații pe durata executării contractului, în partea de întreținere și intervenție în perioada de garanție.

Pe cale de consecință, terțul susținător NUCHTECH WARSAWA COMPANY LTD avea obligația depunerii tuturor documentelor solicitate în Fișa de date a achiziției, respectiv autorizațiile de acces la documente și informații clasificate „secret de serviciu”.

De asemenea, contestatoarea susține că apărările formulate de intervenientă cu privire la valabilitatea autorizației EU CONFIDENȚIAL a dlui ...pentru prezenta procedură nu pot fi reținute.

Autorizația d-lui ..., emisă de autoritățile croate, nu îndeplinește cerințele entității contractante astfel cum au fost precizate în Fișa de date a achiziției, pentru următoarele considerente:

Principiul „cine poate mai mult, poate și mai puțin” invocat de intervenientă, pe considerentul că autorizația EU CONFIDENȚIAL prezentată de terțul susținător este de nivel 3, superior nivelului 4 conform Deciziei 2013/488 EU este un argument a fortiori care nu se aplică în cazul de față. Acest tip de argument este utilizat numai atunci când se extinde aplicarea unei norme legale de la un caz reglementat de lege, la un alt caz care nu este reglementat. Or, în cazul de față, autorizațiile de acces la informații clasificate, deși nominale, sunt emise pe specificul și categoria informației clasificate, nu a titularului de autorizație.

Clasificarea informațiilor este menită tocmai să limiteze accesul persoanelor la aceste informații, iar pentru fiecare categorie de informații se emite un anumit tip de autorizație.

Autorizarea de acces la informații „secrete de serviciu” privește informațiile prevăzute la dispozițiile art. 15 lit. e) din Legea nr. 182/2002: „e) informații secrete de serviciu - informațiile a căror divulgare este de natură să determine prejudicii unei persoane juridice de drept public sau privat” pe teritoriul României.

Autorizarea EU Confidențial privește informațiile reglementate de art. 1 din DECIZIA CONSILIULUI din 23 septembrie 2013 privind normele de securitate pentru protecția informațiilor UE clasificate (2013/488/UE): "Definiția IUEC, a clasificărilor și a marcajelor de securitate „Informații UE clasificate” (IUEC) înseamnă orice informații sau materiale desemnate ca atare printr-o clasificare de securitate a UE a căror divulgare neautorizată ar cauza prejudicii de diferite grade intereselor Uniunii Europene sau ale unora sau mai multor state membre.

Autorizarea EU CONFIDENȚIAL, de tipul celei prezentate de dl. ..., privește exclusiv informații clasificate UE, care sunt total diferite de informațiile secret de serviciu.

Informațiile IUEC pot fi accesate pe teritoriul României doar în baza unei Autorizări emise de statul Român (și nu de către statul croat, cum s-a depus în procedură), iar autorizația nu se extinde la alte tipuri de informații decât cele la care autorizarea face referire și nici nu este valabilă pe teritoriul altor state decât emitentul acesteia. În caz contrar, ar fi încălcate principiile Tratatului Uniunii Europene prevăzute la art. 4, respectiv suveranitatea și identitatea națională.

Prin adresa nr. 2294/24.12.2019, înregistrată la Consiliu cu nr. 53258/24.12.2019, contestatoarea SC ... SRL a depus concluzii scrise prin care învederează următoarele:

I. Caracterul nefondat al excepției inadmisibilității contestației:

Contestația vizează decizia entității contractante de a declara admisibile ofertele asocierii ...SRL și ...SRL prin procesul verbal de evaluare încheiat în data de 30 octombrie 2019 (din eroare în contestație s-a menționat data de 02.10.2019).

Contrar susținerilor entității contractante, în opinia petentei, prin procesul verbal de evaluare se stabilesc ofertele admisibile pe baza căruia se stabilesc și rezultatele procedurii la data la care evaluarea este finalizată.

În măsura în care un operator economic interesat ia la cunoștință, pe durata procedurii, de un act nelegal al entității contractante, atunci acesta este obligat a-l ataca, sub sancțiunea respingerii ca tardivă a contestației, în termenul prevăzut de lege.

Aptitudinea de a produce efecte juridice nu depinde exclusiv de acțiunea entității contractante de a comunica sau nu procesul verbal operatorilor economici participanți, ci de conținutul acestuia care

consemnează decizia comisiei de evaluare cu privire la caracterul admisibil sau nu al ofertelor.

II. Caracterul nefondat al excepției tardivității contestației:

Petent solicită respingerea excepției tardivității contestației, având în vedere că aceasta a fost formulată și transmisă prin serviciul poștal în data de 05.12.2019, în interiorul termenului prevăzut de lege.

III. Cu privire la oferta Asocierii ...SRL și ...SRL:

Petenta prezintă aceleași argumente ca și în răspunsul său la cererea de intervenție formulată de ...SRL, subliniind că afirmația că terțul susținător nu va avea acces la documente secret de serviciu este eronată.

Acordul cadru și contractele subsecvente din prezenta procedură au caracter mixt, de furnizare produse/echipamente și prestări de servicii/întreținere și intervenție pe durata perioadei de garanție.

Din actele procedurii rezultă că documentele clasificate „secret de serviciu” sunt reprezentate de anexele 1.1. și 1.2., în care sunt menționate procedurile de testare și modalitatea de consemnare a rezultatelor testării, care vor face parte din oferta operatorilor economici și din acordurile cadru.

Cum rezultatele testărilor, care constituie informație clasificată „secret de serviciu” fac parte din oferta și din contractul de achiziție publică, rezultă că și terțul susținător are acces la aceste informații pe durata executării contractului, în activitatea de întreținere și intervenție în perioada de garanție.

Pe cale de consecință, terțul susținător NUCHTECH WARSAWA COMPANY LTD avea obligația depunerii tuturor documentelor solicitate în fișa de date a achiziției, respectiv autorizațiile de acces la documente și informații clasificate „secret de serviciu”.

De asemenea, se arată că nu poate fi omisă nici împrejurarea că terțul susținător este în același timp și producătorul echipamentelor oferite de Asocieria EMP. Transmiterea informațiilor între producător și furnizor (contractantul din prezenta procedură) se va face prin CONOPS, care este documentul de comunicare a informațiilor ce va conține inclusiv rezultatele testărilor efectuate în perioada de evaluare de către entitatea contractantă, precum și modalitatea în care echipamentul respectiv, care conține inclusiv rezultatele testării, va fi integrat în sistemul și activitatea entității contractante.

Este real că Legea nr. 99/2016 nu impune nicio condiție în ce privește raporturile juridice între ofertant și terțul susținător, însă, dat fiind obiectul contractului, dubla calitate a NUCHTECH, de terț susținător și producător va fi analizată din perspectiva informațiilor și documentelor „secret de serviciu”, situație în care Nuchtech are acces la informații clasificate din procedura de atribuire a acordului cadru. Preocuparea entității contractante, care derulează o procedură având ca obiect echipamente de securitate, trebuie să fie centrată pe protejarea informațiilor clasificate „secret de serviciu”, atât la ofertare, cât și pe

durata executării contractului, prin solicitarea tuturor autorizațiilor de acces necesare. Acesta este și motivul pentru care în documentația de atribuire, respectiv în fișa de date a achiziției, s-au solicitat astfel de autorizații și de la terțul susținător.

Atunci când susținerea vizează, ca în cazul de față, capacitatea tehnică și economică, entitatea va analiza Declarația terțului susținător (Angajamentul din data de 22.07.2019 emis de terțul susținător prin dl. ...) și, constatând că susținerea este necondiționată în raport de conținutul ofertei și al contractului, are obligația de a evalua documentele ofertei inclusiv prin existența obligatorie a autorizațiilor de acces la informații „secret de serviciu” pentru terțul susținător.

Doar în acest mod ar putea fi evaluată în mod legal cerința privind autorizația de acces din documentația de atribuire, astfel cum a fost clarificată, luând în considerare și situația de fapt concretă privind dubla calitate a terțului susținător, care este și producător al echipamentului, prin raportare la conținutul Anexelor 1.1 și 1.2 ce constituie „secret de serviciu”. Drept pentru care, susținerea entității contractante că autorizația EU Confidențial pe numele ..., reprezentant al terțului susținător, că a fost depusă în plus, nu poate fi primită. Aceasta trebuie analizată în raport de actele normative indicate chiar în fișa de date a achiziției, respectiv în raport de prevederile HG nr. 585/2002 și HG nr. 781/2002. Autorizația EU Confidențial a terțului susținător nu îndeplinește cerințele din documentația de atribuire, fiind valabilă pentru alte tipuri de documente clasificate și fiind emisă de o entitate necompetentă pentru tipul de documente „secret de serviciu” care privesc prezenta procedură.

Având în vedere acestea, petenta apreciază că entitatea contractantă a încălcat dispozițiile art. art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016 și art. 2 alin. (2) lit b) din Legea nr. 99/2016, admițând o ofertă care nu îndeplinește cerințele din documentația de atribuire, motiv pentru care solicită admiterea contestației.

IV. Cu privire la oferta ...SRL:

Autoarea contestației susține motivele din contestație referitoare la nelegala evaluare a condițiilor de admisibilitate a acestei oferte, în legătură cu existența, atât pentru ofertant, cât și pentru terțul susținător, a unor documente constatatoare negative, care au ca obiect neîndeplinirea unor obligații contractuale anterioare.

Față de dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă, în situația în care ofertantul și-a încălcat obligații care au condus la rezilierea contractului, are obligația de a exclude ofertantul respectiv.

Petenta învederează că entitatea contractantă însăși recunoaște că nu a efectuat o analiză proprie, ci s-a bazat exclusiv pe declarațiile ofertantului referitoare la rezultatul unei „analize interne”.

În opinia sa, nu s-a efectuat o evaluare legală a ofertei și se ridică ipoteza unei evaluări care nu îndeplinește criteriul obiectivității, cu atât

mai mult cu cât ofertantul ...SRL nu a oferit suficiente elemente și probe care să conducă la o altă concluzie decât aceea că se află în situația de excludere prevăzută la dispozițiile art. 180 din Legea nr. 99/2016. Orice act al entității contractante care nu se dovedește a fi imparțial (fie ca urmare a unor erori de apreciere, fie din lipsa raționamentului care stă la baza unei decizii), aduce atingere principiului egalității de tratament a ofertanților.

Sub acest aspect, contestatoarea consideră că este nelegală declararea admisibilă a ofertei ...SRL, care, urmare a Documentului constatat negativ nr. 3092/26.02.2019, cu mențiuni referitoare la rezilierea contractului de servicii nr. 409/06.11.2018, se încadrează în cazurile de excludere prevăzute de art. 180 din Legea nr. 99/2016.

Situația este similară și în cazul evaluării terțului susținător, sub aspectul documentului constatat negativ, în susținere petenta invocând concluziile sale la cererea de intervenție a ...SRL.

...SA și ...GRUP SA, reprezentate convențional de Dan-Rareș Răducanu, Partener Senior în cadrul STOICA & Asociații SCA, au depus concluzii scrise înregistrate la Consiliu cu nr. 53401/30.12.2019, prin care solicită:

- *respingerea excepției lipsei de interes a cererii de intervenție accesorie formulate de ...GRUP SA în interesul CNAB;*

- *respingerea contestației ...TG, în principal ca tardiv formulată, iar în subsidiar ca neîntemeiată și, pe cale de consecință, menținerea deciziei entității contractante de declarare ca admisibilă a ofertei depuse de ...FM.*

I. Contrar susținerilor ...TG, ...GRUP are interes în formularea cererii de intervenție accesorie:

În primul rând, intervenienta arată că terții susținători au calitatea de participanți la procedura de atribuire, această sintagmă delimitând o categorie mai largă de operatori economici decât cea a ofertanților, adică acele entități care au depus o ofertă în cadrul procedurii de atribuire.

Din cuprinsul art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, rezultă că pot formula cerere de intervenție voluntară operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire. Prin urmare, au calitate procesuală activă cu privire la formularea unei cereri de intervenție voluntară nu numai ofertanții, ci și ceilalți participanți la procedura de atribuire, dintre care fac parte și terții susținători.

În al doilea rând, intervenienta arată că nu există niciun temei legal potrivit căruia terții susținători, deși participanți la procedură, să fie excluși din categoria persoanelor care pot formula acte procedurale în cadrul procedurilor de atribuire, astfel încât ar fi nejustificat și nelegal să se rețină de plano că terții susținători nu au un interes personal în efectuarea unor asemenea demersuri. Pe de altă parte, chiar ...TG admite că ...Grup ar putea avea un interes „eventual”, pe durata executării contractului, dacă acesta este atribuit. Or, scopul cererii de

intervenție formulată și de ...Grup, este tocmai acela de a se atribui contractul ofertantului față de care își afirmă sprijinul. Dacă s-ar accepta punctul de vedere al contestatoarei, ar însemna că propria-i contestație este lipsită de interes, pentru că interesul ar fi cel mult „eventual”, pentru cazul în care i s-ar atribui contractul.

În al treilea rând, aceasta învederează că ...GRUP are un interes personal și actual cert în legătură cu formularea cererii de intervenție accesorie, întrucât ...TG a susținut în cuprinsul contestației formulate de aceasta că ...GRUP se află în situația de excludere prevăzută de dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, deoarece ANCOM i-a aplicat acesteia penalități în cuantum de 16.275,63 lei pentru nerespectarea termenului de finalizare a contractului nr. SC-DA-7797/14.03.2017, pe care l-a depășit cu 14 zile, ceea ce a condus la emiterea documentului constatator nr. SC-SL-28.937/25.10.2017.

Prin urmare, prin decizia pe care o va pronunța, CNSC urmează să analizeze dacă ...GRUP se încadrează sau nu în situația de excludere prevăzută de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016. Dacă CNSC ar reține, în cuprinsul deciziei pe care o va pronunța în acest dosar, incidența situației de excludere menționate cu privire la ...GRUP, această societate ar putea fi afectată nu numai în ceea ce privește atribuirea contractului care face obiectul procedurii de atribuire contestate în prezenta cauză, ci și în legătură cu orice altă procedură de achiziție publică organizată în perioada care a mai rămas până la împlinirea termenului de trei ani prevăzut de art. 184 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 99/2016.

Or, pentru a evita această situație, ...GRUP apreciază că are interesul de a interveni în prezenta cauză și de a expune argumentele pentru care documentul constatator emis de către ANCOM nu este de natură să conducă la excluderea sa din procedura de atribuire.

Aceasta menționează că, dacă Consiliul va considera că interesul de formulare a cererii de intervenție aparține de fapt societății ...FM, atunci susținerile din cuprinsul cererii reprezintă poziția ambelor interveniente, acesta fiind de altfel și motivul pentru care ...FM și ...GRUP au formulat o cerere de intervenție comună.

II. Referitor la excepția tardivității contestației formulate de ...TG:

Prin cererea de intervenție formulată, ...FM și ...GRUP au solicitat CNSC ca, în ipoteza în care contestația ...TG a fost formulată ulterior datei de 5 decembrie 2019, această contestație să fie respinsă ca tardiv formulată.

III. Contestația formulată de către ... SRL este apreciată ca fiind neîntemeiată pentru următoarele considerente:

Prin contestația formulată, ...TG a susținut că atât ofertantul ...FM, cât și terțul susținător ...GRUP se află în situația de excludere prevăzută de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, aspect ce rezultă din cuprinsul procesului-verbal din data de 2 octombrie 2019 privind evaluarea informațiilor din DUAE.

1. Referitor la documentul constatator emis împotriva ...FM

a) Intervenienta arată că CNSC nu este în măsură să cenzureze decizia de oportunitate a CNAB referitoare la menținerea sa în procedura de atribuire.

Posibilitatea atacării deciziilor entității contractante în fața CNSC sau a instanței de judecată, conferită de art. 8 și respectiv art. 49 din Legea nr. 101/2016, nu echivalează cu dreptul Consiliului sau al instanței de judecată de a cenzura orice decizie atacată.

În realitate, atunci când sunt investite cu soluționarea unei contestații, CNSC sau instanța de judecată sunt în măsură să se pronunțe numai cu privire la legalitatea actelor autorității contractante, nu și cu privire la oportunitatea acestora.

Susținerea ...TG potrivit căreia oportunitatea nu poate face obiectul exclusiv al analizei entității contractante, fiind necesar ca persoanele vătămate să aibă la dispoziție mijloace efective de remediere a actelor nelegale, are la bază înțelegerea eronată a raportului dintre noțiunea de oportunitate și cea de legalitate.

De fapt, nu se pune problema calificării actelor autorității contractante ca fiind legale în temeiul principiului asumării răspunderii, așa cum a sugerat contestatoarea, ci, atâta timp cât entitatea contractată dispune de un drept de apreciere și își exercită acest drept în limitele prevăzute de lege, atunci CNSC sau instanța nu pot cenzura decizia acesteia sub aspectul oportunității. O interpretare contrară ar lipsi de conținut dreptul de apreciere oferit entității contractante.

De altfel, aceeași concluzie se desprinde și din prevederilor pct. (17) din preambulul Directivei 2007/66, citate de contestatoarea, potrivit căreia calea de atac trebuie să fie accesibilă celui prejudiciat sau care riscă să fie prejudiciat printr-o „încălcare”. Prin urmare, pentru a fi în prezența unei contestații întemeiate, prin aceasta trebuie să fie pusă în discuție o „încălcare” săvârșită de către autoritatea contractantă cu privire la dispozițiile legale, contestatoarea neputând să investească Consiliul sau instanța cu reanalizarea aspectelor care au stat la baza unei decizii luate de către autoritate în temeiul dreptului său de apreciere.

Petenta învederează că, așa cum rezultă din cuprinsul DUAЕ completat de către ...FM, ofertantul a adus la cunoștința CNAB faptul că acordul contractual dintre aceasta și Romgaz a fost reziliat de către entitatea contractantă, a prezentat în detaliu în ce a constatat neexecutarea care i-a fost imputată, a arătat că există litigii pe rol cu privire la respectiva reziliere, pe care ...FM o consideră nelegală, dar în același timp a expus măsurile luate la nivel intern în vederea prevenirii producerii unei situații similare.

Prin urmare, în opinia sa, contestatoarea a susținut în mod neîntemeiat că intervenienta nu a oferit suficiente elemente și probe care să conducă la o altă concluzie decât aceea să se afle în situația de excludere prevăzută la dispozițiile art. 180 din Legea nr. 99/2016. Dacă nu ar fi considerat ca fiind suficiente explicațiile oferite de către ...FM,

CNAB trebuia să îi ceară acesteia clarificări suplimentare, iar nu să o excludă automat din procedura de atribuire, așa cum susține contestatoarea.

Totodată, din cuprinsul Procesului-verbal de evaluare din data de 30 octombrie 2019, rezultă că CNAB a avut în vedere faptul că în numele ...FM a fost emis un document constatator negativ, însă a considerat că cerința este îndeplinită.

De asemenea, intervenienta arată că CNSC ar trebui să aibă în vedere și faptul că notificarea de reziliere a contractului încheiat cu Romgaz și documentul constatator emis de către această societate au fost atacate în instanță, în prezent aflându-se în curs de soluționare următoarele litigii referitoare la aceste documente:

- Dosarul nr. 2193/85/2019, având ca obiect anularea Notificării de reziliere nr. 2262/13 februarie 2019, a cărei soluționare a fost declinată de Tribunalul Sibiu către Judecătoria Mediaș;

- Dosarul nr. 4388/2/2019, având ca obiect anularea Documentului constatator nr. 3092/26 februarie 2019, a cărei soluționare a fost declinată de Curtea de Apel București către Tribunalul București.

În consecință, valabilitatea notificării de reziliere și a documentului constatator a fost contestată, urmând ca instanța de judecată să se pronunțe cu privire la aceasta.

Astfel, în opinia intervenientei, CNSC nu ar trebui să se pronunțe cu privire îndeplinirea condițiilor prevăzute de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, respectiv gravitatea încălcării contractuale săvârșite de ...GRUP și aplicarea sancțiunii rezilierii, întrucât aceste aspecte fac obiectul celor două litigii mai sus menționate, fiind posibil ca soluția pronunțată de CNSC să intre în contradicție cu deciziile instanțelor de judecată.

Totodată, dacă CNSC ar decide ca, în pofida dreptului de apreciere al entității contractante, să oblige CNAB la excluderea ...FM din procedura de atribuire ca urmare a emiterii documentului constatator negativ de către Romgaz, calea de atac formulată împotriva acestui document constatator ar fi lipsită de eficiență.

2. Referitor la documentul constatator emis împotriva ...GRUP:

Intervenienta arată că precizările referitoare la dreptul suveran de apreciere conferit autorității contractante de art. 184 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 cu privire la credibilitatea operatorului economic participant la procedura de atribuire sunt pe deplin aplicabile și în privința documentului constatator emis de către ANCOM. Prin urmare, consideră că CNSC nu este în măsură să cenzureze decizia CNAB de a menține ...GRUP în procedura de atribuire.

Totodată, aceasta precizează că ...GRUP nu se încadrează oricum în situația de excludere prevăzută de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, întrucât penalitățile de întârziere nu se încadrează în sfera daunelor-interese sau sancțiunilor comparabile avute în vedere de art.

180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, respectiv art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Depășirea termenului de livrare cu 14 zile nu reprezintă o încălcare gravă a obligațiilor contractuale, cu atât mai mult cu cât această culpă contractuală nu a cauzat niciun prejudiciu entității contractante. De asemenea, daunele moratorii reținute din obligația de plată a prețului pentru serviciile prestate nu se încadrează în sfera sancțiunilor avute în vedere de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016.

Prin urmare, intervenienta apreciază că ...GRUP nu se regăsește în situația de excludere prevăzută de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016.

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

În vederea atribuirii contractului având ca obiect furnizare „Furnizare echipamente de control de securitate”, pe loturi, cu fază finală de licitație electronică, ...SA în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă prin publicarea anunțului de participare CN1012032/13.06.2019.

La data de 09.08.2019, conform procesului verbal nr. 60.1, comisia de evaluare a verificat garanțiile de participare și au fost declarați admiși următorii ofertanți:

LOT I:

- ...S.A.
- MB ... Ltd
- ASOCIEREA ... – lider și ...SA – asociat
- ASOCIEREA ...S.R.L. – lider și S.C. ...S.R.L. – asociat

LOT II:

- ...S.A.
- ASOCIEREA ... - lider și ...SA – asociat
- ASOCIEREA ...: S.R.L. – lider și S.C. ...S.R.L. – asociat

Împotriva rezultatului procedurii de atribuire, comunicat cu adresa nr. 3473/30.10.2019, pentru lotul 1, a fost formulată contestație de către SC ...SA, aceasta îndeplinind procedura stabilită la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, prin depunerea Recipisei de consemnare nr. 205873707/1 în valoare de 220.000,00 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria, în data de 13.11.2019.

Cauțiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5) și (6) din Legea nr. 101/2016.

Având în vedere că entitatea contractantă a invocat excepția tardivității contestației, Consiliul se va pronunța cu precădere asupra acesteia în temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și o va respinge, având în vedere următoarele considerente.

Consiliul constată că entitatea contractantă invocă excepția tardivității întregii contestații, având în vedere afirmația contestatoarei

potrivit căreia interpretarea entității contractante cu privire la cerința cifrei de afaceri, care rezultă din adresa nr. 3473/30.10.2019, potrivit căreia cifra de afaceri ar trebui să depășească valoarea de 2.100.000 euro în fiecare an nu a fost legal stabilită și, ulterior, nici corect interpretată de către comisia de evaluare.

Consiliul reține că actul atacat este adresa nr. 3473/30.10.2019 și nu documentația de atribuire. Chiar dacă în contestație apar argumente ce țin de documentația de atribuire, acest aspect nu poate conduce la conduita conform căreia actul atacat ar fi documentația, contestația fiind una clară sub acest aspect.

În stabilirea tardivității întregii contestații Consiliul se va raporta la actul atacat, în speță rezultatul procedurii de atribuire care a fost comunicat cu adresa nr. 3473/30.10.2019 a cărui anulare o solicită și nu raportat la argumentele din conținutul contestației.

Prin urmare, având în vedere că termenul de contestare de 10 zile stabilit de art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, a fost respectat prin depunerea contestației în data de 08.11.2019, Consiliul va respinge excepția tardivității contestației.

Analizând pe fond contestația formulată de SC ...SA, Consiliul constată că oferta acestei societăți a fost respinsă ca inacceptabilă, decizie comunicată cu adresa nr. 3473/30.10.2019, prin care autoritatea contractantă face cunoscut motivul concret avut în vedere în luarea deciziei, respectiv:

„În urma analizării DUAE, a informațiilor prezentate la Partea a IV-a «Criterii de selecție», Cap. «B» - Situația economică și financiară din DUAE, respectiv cerința referitoare la cifra de afaceri pentru LOT 1, precum și a informațiilor și documentelor prezentate în răspunsul nr. 8118/29.10.2019 la solicitarea de clarificări transmisă în SICAP prin adresa nr. 3423/28.10.2019, comisia de evaluare a constatat faptul că valoarea cifrei de afaceri pentru anul 2017 (1.993.237,67 EURO) nu corespunde cerinței pentru LOT I de la Cap. III.1.2 – Capacitatea economică și financiară din Fișa de Date, respectiv: Cifra de afaceri anuală a ultimilor 3 ani: Se solicită ca nivelul minim al cifrei de afaceri anuale să fie de minim: Pentru LOT 1 – 2.100.000 EURO.

Pe cale de consecință, oferta depusă de S.C. ...S.A. pentru LOT I este INACCEPTABILĂ, în temeiul art. 228 alin. (4) din Legea 99/2016 coroborat cu art. 143 alin. (2) lit.b) din HG 394/2016. Astfel, oferta este respinsă în temeiul art. 143 alin. (1) din HG 394/2016”.

Astfel, Consiliul constată că prin contestația formulată SC ...SA a solicitat autorității contractante:

- „- anularea adresei nr. 3473/30.10.2019;*
- constatarea faptului că societatea ...FM îndeplinește cerința din fișa de date referitoare la cifra de afaceri;*
- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire în noile coordonate”.*

Legat de motivul de respingere a ofertei, Consiliul constată că în fișa de date a achiziției entitatea contractantă a stabilit la cap. III.1.2) Capacitatea economică și financiară, secțiunea „Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

Loturile: 1

Cifra de afaceri anuală generală

Cifra de afaceri anuală a ultimilor 3 ani:

Se solicită ca nivelul minim al cifrei de afaceri anuale să fie de minim:

Pentru LOT 1 – 2.100.000 EURO”.

Consiliul constată că în etapa de evaluare a ofertelor comisia de evaluare a solicitat cu adresa nr.3423/28.10.2019, astfel: „(...) vă solicităm, pentru LOTUL 1, să depuneți documentele suport pentru îndeplinirea cerinței referitoare la cifra de afaceri, respectiv cerința de la secțiunea III.1.2) – Capacitatea economică și financiară:

«Loturile:1

Cifra de afaceri anuală generală

Cifra de afaceri anuală a ultimilor 3 ani:

Se solicită ca nivelul minim al cifrei de afaceri anuale să fie de minim:

Pentru LOT 1 – 2.100.000 EURO»,

Din Fișa de Date”.

Cu adresa nr. 8118/29.10.2019 ofertantul SC ...SA a formulat răspuns la solicitarea de clarificări:

„Vă rugăm să regăsiți anexat situațiile contabile pentru exercițiile financiare ale ultimilor 3 ani, respectiv pentru anul 2016, pentru anul 2017 și pentru anul 2018, așa cum am declarat în formularul DUAЕ.

Întrucât cerința privind cifra de afaceri din fișa de date a achiziției a fost următoarea:

«Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

Loturile: 1

Cifra de afaceri anuală generală

Cifra de afaceri anuală a ultimilor 3 ani:

Se solicită ca nivelul minim al cifrei de afaceri anuale să fie de minim:

Pentru LOT 1 – 2.100.000 EURO»

Având în vedere că nu s-a specificat în mod clar în documentația de atribuire «nivelul cifrei de afaceri generale anuale pentru fiecare din ultimele 3 exerciții financiare încheiate», precum și prevederile art. 190 lit. c) din Legea 99/2019 privind achizițiile sectoriale, cerința din fișa de date nu poate fi interpretată decât ca referindu-se la media cifrei de afaceri a celor 3 ani av...în vedere. O interpretare contrară ar conduce la eliminarea ofertanților care au avut fluctuații în cifra de afaceri, situație perfect normală în cazul operatorilor economici care participă la

proceduri de achiziție publică, restrângându-se în mod nejustificat participarea la procedurile de atribuire.

Legislația în materia achizițiilor publice interzice impunerea unor cerințe minime de calificare excesive, de natură a restrânge, în mod nejustificat, cadrul concurențial.

Pe de altă parte, ar da dreptul comisiei de evaluare să aprecieze ofertele depuse utilizând criterii, fie subiective, fie diferite de la o ofertă la alta, conducând astfel la încălcarea principiului tratamentului egal, al transparenței și al proporționalității, principii ce stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică. În acest sens s-a pronunțat și Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor într-o speță similară care a admis contestația formulată de către operatorul economic”.

În mod evident, și fără nici un dubiu, cerința stabilită în fișa de date a achiziției nu poate fi interpretată altfel decât ca cifra de afaceri pentru fiecare an în parte să fie de minim 2.100.000 EURO.

*Prin urmare, ofertanții aveau obligația de a prezenta dovezi din care să rezulte că cifra de afaceri pentru fiecare an în parte, respectiv pentru anul 2016, anul 2017 și anul 2018 să fie de cel puțin 2.100.000 EURO, cerința stabilind că „Se solicită ca nivelul minim al cifrei de afaceri **anuale** să fie de minim: (...)”.*

Însă, așa cum rezultă din informațiile depuse de către contestatoare ca răspuns la solicitarea de clarificări, pentru anul 2017 cifra de afaceri este mai mică decât valoarea stabilită de 2.100.000 EURO, fiind de 1.933.237,67 EURO.

Or, în aceste condiții, în mod corect, entitatea contractantă a respins oferta depusă de SC ...SA ca inacceptabilă pentru neîndeplinirea cerinței referitoare la cifra de afaceri, comisia de evaluare consemnând în cuprinsul procesului verbal nr. 60.3/30.10.2019 faptul că:

*„În urma analizării DUAE, a informațiilor prezentate la Partea a IV-a Criterii de selecție, Cap. B – Situația economică și financiară din DUAE, respectiv cerința referitoare la cifra de afaceri pentru LOT I, precum și a informațiilor și documentelor prezentate în răspunsul nr. 8118/29.10.2019 la solicitarea de clarificări transmisă în SICAP prin adresa nr. 3423/28.10.2019, comisia de evaluare a constatat faptul că valoarea cifrei de afaceri pentru anul 2017 (1.993.237,67 EURO) nu corespunde cerinței pentru LOT I de la Cap. III.1.2 – Capacitatea economică și financiară din Fișa de Date, respectiv: Cifra de afaceri anuală a ultimilor 3 ani: Se solicită ca nivelul minim al cifrei de afaceri **anuale** să fie de minim: Pentru LOT 1 – 2.100.000 EURO.*

Pe cale de consecință, oferta depusă de S.C. ...S.A. pentru LOT 1 este inacceptabilă, în temeiul art. 228 alin. (4) din Legea 99/2016 coroborat cu art. 143 alin. (2) lit. b) din H.G. 394/2016. Astfel, oferta este respinsă în temeiul art. 143 alin. (1) din H.G. 394/2016”.

Dovadă că autoarea contestației a înțeles în mod clar cerința din fișa de date a achiziției, rezultă chiar din partea argumentativă a răspunsului la solicitarea de clarificări prin care încearcă să inducă în

eroarea comisia de evaluare pentru a da o altă interpretare cerinței privind cifra de afaceri, invocând în acest sens faptul că nu s-ar fi specificat în mod clar în documentația de atribuire *„nivelul cifrei de afaceri generale anuale pentru fiecare din ultimele 3 exerciții financiare încheiate”* prin raportare la dispozițiile art. 190 lit. c) din Legea nr. 99/2016, față de care, în opinia sa, cerința din fișa de date *„nu poate fi interpretată decât ca referindu-se la media cifrei de afaceri a celor 3 ani av...în vedere”*.

Consiliul reține că și dispozițiile art. 188 din Legea nr. 99/2016 vorbesc tot de cifra de afaceri anuală, și nu de media cifrei de afaceri, cum greșit susține contestatoarea.

În contextul în care prevederile documentației de atribuire nu au fost contestate, aceasta întărindu-și caracterul obligatoriu, ofertantul avea obligația elaborării ofertei așa cum stabilesc și prevederile art. 129 din HG 934/2016 potrivit cărora *„Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire (...)”*.

Astfel, ca urmare a celor constatate, respectiv a caracterului nefondat al criticilor formulate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC ...SA în contradictoriu cu ...SA.

În ceea ce privește contestația formulată de Asocierea SC ... SRL și SC ...SRL (dosar 2396/2019) Consiliul constată că prin aceasta a fost criticată decizia entității contractante de a respinge oferta sa din cadrul procedurii de atribuire, solicitând anularea deciziei de excludere a Asocierii ...din procedura de atribuire și anularea adreselor de comunicare a excluderii nr. 3474/30.10.2019 (Lot 1) și nr. 3475/30.10.2019 (Lot 2), precum și actele subsecvente, obligarea entității contractante la reevaluarea ofertei subscrisei pentru Lot 1 și Lot 2, sub aspectul motivelor de excludere și stabilirea ofertantului câștigător, cu respectarea prevederilor legale și a documentației de atribuire.

Pentru contestația formulată de către SC ... SRL, aceasta a depus cauțiunea stabilită la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, conform Recipisei de consemnare nr. 205873415/1, în valoare de 440.000,00 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria, în data de 13.11.2019, situație în care se dovedește a fi nefondată solicitarea entității contractante de a respinge contestația pentru neconstituirea cauțiunii, și, pe cale de consecință, a excepției inadmisibilității contestației.

Cauțiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5) și (6) din Legea nr. 101/2016.

Consiliul constată că la dosarul cauzei a fost depusă cerere de intervenție accesorie de către SC ...SA prin care solicită admiterea acesteia și respingerea contestației formulate de SC ... SRL pentru loturile 1 și 2.

Consiliul constată însă, că cererea de intervenție nu a fost depusă în termenul de 10 zile stabilit de legiuitor, în condițiile în care de la data publicării în SEAP a contestației, respectiv 11.11.2019 ora 12:01, termenul se împlinea la data de 21.11.2019, iar cererea de intervenție a fost înregistrată la sediul SC ...SA în data de 22.11.2019 sub nr. 8975, depusă la CNSC în aceeași data și înregistrată sub nr. 47909, în afara termenului de formulare a unei cereri de intervenție, motiv pentru care aceasta va fi respinsă ca tardiv formulată.

Analizând actele atacate de către contestatoare, respectiv raportul procedurii de atribuire publicat în SEAP în data de 30.10.2019 și adresele de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, Consiliul constată că ofertele depuse de către Asocierea SC ... SRL - SC ...SRL pentru loturile 1 și 2 au fost respinse de către entitatea contractantă, motivul concret pentru care aceste oferte au fost excluse din cadrul procedurii de atribuire fiind aduse la cunoștință prin:

- adresa nr. 3474/30.10.2019, respectiv „ASOCIEREA ... – lider și ...SA – asociat a fost EXCLUSĂ din procedura de atribuire pentru LOT I, întrucât la data de 24.09.2019, în dosarul nr. 29450/3/2017 a fost respinsă cererea de confirmare a planului de reorganizare și a dispus intrarea în faliment prin procedura generală a societății S.C. ...S.A. societate care participă în calitate de asociat la procedura de atribuire și, prin urmare, au devenit incidente prevederile art. 180, alin. (1), lit. b) coroborat cu art. 182 din Legea 99/2016”; și

- adresa nr. 3475/30.10.2019, respectiv „ASOCIEREA ... – lider și ...SA – asociat a fost EXCLUSĂ din procedura de atribuire pentru LOT II, întrucât la data de 24.09.2019, în dosarul nr. 29450/3/2017 a fost respinsă cererea de confirmare a planului de reorganizare și a dispus intrarea în faliment prin procedura generală a societății S.C. ...S.A. societate care participă în calitate de asociat la procedura de atribuire și, prin urmare, au devenit incidente prevederile art. 180, alin. (1), lit. b) coroborat cu art. 182 din Legea 99/2016”.

Pentru a ajunge la această concluzie, comisia de evaluare a analizat DUAЕ și a stabilit în data de 02.10.2019, conform procesului verbal nr. 60.2, că:

„Ofertantul a prezentat contractul de asociere dintre S.C. ... și S.C. ...SA – asociat în care sunt detaliate activitățile pe cale le va desfășura fiecare asociat în parte.

Comisia de evaluare a întocmit următoarele solicitări de clarificări, prin adresa postată în SICAP cu nr. 2971 din 23.09.2019, identificată a fi necesară pe durata procesului de evaluare transmisă ofertantului ASOCIEREA ... – lider și ...SA – asociat, respectiv:

1. Comisia de evaluare, în conformitate cu prevederile art. 205 alin. (1), din Legea 99/2016, vă solicită să detaliați care sunt activitățile desfășurate de fiecare asociat în parte în cadrul acordului cadru care face obiectul prezentei proceduri de achiziție, în conformitate cu acordul de asociere depus.

Ofertantul ASOCIEREA ...TECHOLOGIES GROUP – lider și ...SA – asociat a răspuns, în termen, în data de 25.09.2019 postând în SICAP documentul [CN1012032/00089] 25.09 – Răspuns la solicitare LOT I.pdf.p7s.

În cadrul răspunsului, ofertantul a detaliat activitățile pe care le va desfășura fiecare asociat în parte în cadrul contractului.

ASOCIEREA ... – lider și ...SA – asociat a depus în SICAP, documente care probează capacitatea asociatului ...SA de a executa partea sa din contract, respectiv:

1. Adresa ...SA prin care se specifică faptul că conform certificatului de grefă eliberat de Tribunalul București, societății nu –a fost ridicat dreptul de administrare.

2. Declarație privind intenția de reorganizare a ...SA conform unui plan de reorganizare

3. Declarație a ...SA cu descrierea sumară a modalităților prin care aceasta le are în vedere pentru reorganizarea activității.

4. Certificat de grefă eliberat de Tribunalul București, Secția a-VII-a Civilă, în dosarul nr. 29450/3/2017;

5. Raport privind propunerea de continuare a perioadei de observație a Administratorului judiciar Euro Insol SPRL

6. Buletinul Procedurilor de insolvență nr. 16229/05.09.2017

7. Buletinul Procedurilor de insolvență nr. 3524/19.02.2018

8. Buletinul Procedurilor de insolvență nr. 8221/23.04.2019

9. Buletinul Procedurilor de insolvență nr. 7781/16.04.2019

10. Buletinul procedurilor de insolvență nr. 13943/15.07.2019

11. Nota explicativă a ...SA și anexe

12. Tabel definitiv al creanțelor împotriva debitorului, BPI nr. 7781/16.04.2019;

13. Certificat de atestare fiscal nr. 1323160/09.07.2019 din care reiese că nu are datorii curente

14. Decizia CNSC nr. 2844/C4/3692 din 30.10.2017

15. Decizia CNSC nr. 3070/C3/3940 din 21.11.2017

16. P-v al adunării creditorilor nr. BPI 11483/06.06.2019

Comisia de evaluare a luat cunoștință, de pe Portalul Tribunalului București, de faptul că la data de 24.09.2019, în dosarul nr. 29450/3/2017 a fost respinsă cererea de confirmare a planului de reorganizare și s-a dispus intrarea în faliment prin procedura generală a societății S.C. ...S.A., societate care participă în calitate de asociat la procedura de atribuire pentru LOT I: «FURNIZARE ECHIPAMENTE DE CONTROL DE SECURITATE, PE LOTURI», din care:

-LOT 1: «FURNIZARE DE SISTEME DE DETECTARE A EXPLOZIBILILOR, CONCEPTE PENTRU CONTROLUL DE SECURITATE AL BAGAJELOR DE MÂNĂ (EDSCB) PREVĂZUTE CU SISTEME AUTOMATE DE RETURNARE A TĂVILOR (ATRS), CU TOATE ACCESORIILE AFERENTE, PRESTAREA SERVICIILOR DE INSTALARE, PUNERE ÎN FUNCȚIUNE, INSTRUIRE, ÎNTREȚINERE ȘI REPARAȚII ÎN PERIOADA DE GARANȚIE»

Având în vedere cele de mai sus și luând în considerare și punctul de vedere al consilierului juridic desemnat din partea SACL, comisia de evaluare, în conformitate cu prevederile art. 180, alin. (1) lit. b) coroborat cu art. 182 din Legea 99/2016 a decis excluderea din procedura de atribuire a ofertantului ASOCIEREA ... – lider și ...SA – asociat”, atât pentru lotul 1, cât și pentru lotul 2, singura diferență față de cele citate anterior fiind numărul adresei de solicitare de clarificări și răspunsul la aceasta aferent lotului 2.

Pe fondul cauzei, verificând legalitatea deciziei entității contractante de a exclude din procedura de atribuire pentru loturile 1 și 2 oferta prezentată de asocierea SC ... SRL – SC ...SA, Consiliul constată, ca un prim aspect, faptul că, în etapa de verificare a informațiilor conținute de DUAЕ, comisia de evaluare, pe baza informațiilor din documentele puse la dispoziție de contestatoare ca urmare a solicitării de clarificări privind activitățile care vor fi desfășurate de fiecare asociat în parte în cadrul acordului cadru, cât și a informațiilor obținute de către aceasta de pe portalul instanțelor, a luat decizia excluderii ofertantului, pentru ambele loturi, motivat de faptul că asociatul SC ...SA se află în faliment.

În contestația depusă, societatea contestatoare combate concluzia comisiei de evaluare, susținând că hotărârea intermediară de intrare faliment nr. 5042/2019 din 24.09.2019 a fost atacată cu recurs, iar până la soluționarea acestuia, s-a dispus suspendarea efectelor hotărârii respective, fiind necesară reevaluarea informațiilor din DUAЕ.

În acest sens, Consiliul constată că de la momentul depunerii contestației și până la data soluționării prezentei cauze, așa cum a indicat și contestatoarea, pe rolul Curții de Apel București a fost formulat apel ce a făcut obiectul dosarului nr. 29450/3/2017, cu privire la care, într-adevăr, la data de 22.10.2019 a fost admisă cererea de suspendare, respectiv *„Dispune suspendarea executării sentinței civile nr. 5042/24.09.2019 până la soluționarea apelului”*.

Însă, în data de 17.12.2019, prin Hotărârea nr. 2185/2019 Curtea de Apel București s-a pronunțat, cu caracter definitiv, în sensul că *„Respinge apelul ca nefondat. Definitivă”*, dată de la care Sentința civilă nr. 5042/24.09.2019 își produce efectele.

Consiliul va reține în soluționare decizia instanței referitoare la intrarea în faliment a SC ...SA, Tribunalul București pronunțându-se astfel:

„Respinge cererea de confirmare a planului de reorganizare. În temeiul art. 140 alin. 5 și art. 145 alin. 1 lit. B din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență dispune intrarea în faliment prin procedura generală a debitoarei ...S.A.. În temeiul art. 145 alin. 2 din Legea nr. 85/2014 dispune dizolvarea societății debitoare. Dispune sigilarea bunurilor din averea debitoarei, în sarcina lichidatorului judiciar. Stabilește termen de maxim 5 zile de la data notificării deschiderii procedurii falimentului, de predare a gestiunii averii de la debitor/administrator judiciar către lichidatorul judiciar,

împreună cu lista actelor și operațiunilor efectuate după deschiderea procedurii prevăzute la art. 84 alin. 2 din Legea nr. 85/2014. Dispune întocmirea și predarea de către administratorul judiciar sau de administratorul special, după caz, către lichidator judiciar, în termen de maxim 5 zile de la intrarea în faliment, a unei liste cuprinzând numele și adresele creditorilor și toate creanțele acestora la data intrării în faliment, cu indicarea celor născute după data deschiderii procedurii, a tabelului definitiv al creanțelor și a oricăror alte tabele întocmite în procedură, a oricăror rapoarte de distribuție, a listei actelor și operațiunilor efectuate după data deschiderii procedurii. Fixează următoarele termene limită: a) termenul limită pentru înregistrarea cererii de admitere a creanțelor prevăzut la art. 146 alin. 3 din Legea nr. 85/2014, în vederea întocmirii tabelului suplimentar – 08.11.2019; b) termenul de verificare a creanțelor menționate la art. 146 alin. 3 din lege, de întocmire și publicare a tabelului suplimentar al acestora – 09.12.2019; c) termenul de depunere la tribunal a contestațiilor – 7 zile de la publicarea tabelului suplimentar în Buletinul procedurilor de insolvență; d) termenul de întocmire a tabelului definitiv consolidat – 08.01.2019. Numește în calitate de lichidator judiciar pe Euro Insol S.P.R.L., care va îndeplini atribuțiile prevăzute de art. 64 din Legea nr. 85/2014. În temeiul art. 146, alin. (1) și (2) din Legea nr. 85/2014, dispune ca lichidatorul judiciar să trimită o notificare, în condițiile art. 99 alin. 3 din aceeași lege, privind intrarea debitorului în procedura falimentului prin procedura generală, ridicarea dreptului de administrare și dizolvarea acestuia, tuturor creditorilor menționați în lista depusă de debitor/administrator judiciar, menționată la art. 145 alin. 2, lit. e), debitorul și oficiul registrului unde debitorul este înmatriculat, pentru efectuarea mențiunii. Pune în vedere lichidatorului judiciar prevederile art. 252 din Legea nr. 31/1990, republicată și dispune îndeplinirea formalităților privind menționarea la registrul comerțului a reprezentanților permanenți ai săi. Pune în vedere lichidatorului judiciar să depună lunar la dosar raportul prevăzut de art. 59 alin. 1 din Legea nr. 85/2014. Fixează termen pentru continuarea procedurii la 28.01.2020. Executorie. (...)"

Prin urmare, față de împrejurarea că în acest moment SC ...SA se află în faliment, decizia pronunțată având caracter definitiv, Consiliul a solicitat părților punctul de vedere cu privire la decizia Curții de apel București.

Contestatoarea arată că la data pronunțării Hotărârii nr. 2185/17.12.2019, prin care a fost respins apelul formulat de ...SA împotriva Sentinței nr. 5042/24.09.2019, prin care s-a dispus intrarea în faliment, **situația ofertantului Asocierea ... SRL urmează a fi analizată de entitatea contractantă prin prisma aptitudinii membrului asocierii ... SRL de a fi admisă ca ofertant, în raport de prevederile art. 180 alin. (1) lit. b) și art. 2 alin. (2) lit. b) din**

Legea nr. 99/2016 și de jurisprudență Curții de Justiție a Uniunii Europene.

De asemenea, aceasta invocă drept practică a CJUE hotărârea pronunțată în cauza C-396/14, prin care curtea a statuat că: *"Principiul egalității de tratament a operatorilor economici, care figurează la articolul 10 din Directiva 2004/17/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 de coordonare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale coroborat cu articolul 51 din aceasta, trebuie interpretat în sensul că o entitate contractantă nu încalcă principiul respectiv atunci când îl autorizează pe unul dintre cei doi operatori economici care au făcut parte dintr-un grup de întreprinderi care a fost invitat ca atare să depună o ofertă de către entitatea menționată să se substituie grupului amintit ca urmare a dizolvării acestuia și să participe în nume propriu la o procedură negociată de atribuire a unui contract de achiziții publice, cu condiția de a se stabili, pe de o parte, că acest operator economic îndeplinește singur cerințele stabilite de entitatea menționată și, pe de altă parte, că continuarea participării sale la procedura amintită nu atrage o deteriorare a situației concurențiale a celorlalți ofertanți".*

Drept urmare, petenta consideră că, având în vedere cele de mai sus, falimentul unui membru al asocierii ce are calitatea de ofertant într-o procedură de atribuire nu afectează, la data pronunțării falimentului, nici situația ofertei depuse și nici a calității procesuale sau capacității contestatorului lider al asocierii care nu se află în situația de faliment. În calitate de lider al asocierii, ... SRL înțelege să susțină în continuare contestațiile formulate în prezenta procedură, interesul acesteia fiind actual, atât din perspectiva reevaluării ofertei asocierii excluse inițial (dosar 2396/2019), cât și sub aspectul reevaluării tuturor celorlalte oferte rămase în competiție (dosar 2611/2019). În opinia sa, câtă vreme oferta asocierii nu este definitiv exclusă din procedură ca urmare a insolvenței/falimentului membrului asocierii, ... SRL poate solicita soluționarea contestațiilor în raport de motivele invocate, apreciind că interesul în prezenta procedură, în numele asocierii (și în nume propriu), subzistă, fiind îndeplinită și cerința cumulativă pentru definirea calității de parte vătămată prin riscul prejudicierii ca urmare a unei excluderi nelegale a ofertei prin raportare la dispozițiile legale anterior invocate și prin raportare la hotărârile obligatorii ale OUE cu privire la interesul în atacarea ofertelor concurente.

Față de situația de fapt constatată la momentul soluționării contestației, Consiliul reține că toate argumentele contestatoarei invocate în contestația depusă au fost infirmate de hotărârea nr. 2185/2019 a Curții de Apel București, prin care s-a menținut hotărârea intermediară de intrare în faliment a ...SA, decizia autorității de respingere a ofertei asocierii fiind, astfel, validată. Prin urmare, ar fi inutilă și excesiv de formalistă reîntoarcerea procedurii în etapa de

verificare a informațiilor depuse în DUAЕ, din moment ce situația faptică este exact cea reținută de autoritatea contractantă.

Prin urmare, Consiliul va menține decizia entității contractante de a respinge oferta depusă de Asocierea SC ... SRL – SC ...SA, constatând incidența în cauză a următoarelor dispoziții legale:

-art. 180 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 99/2016 potrivit căroră „Entitatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului sectorial/acordul-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: (...)

b) se află în procedura insolvenței sau în lichidare, în supraveghere judiciară, sau în încetarea activității”, iar conform art. 182 din lege, „Entitatea contractantă exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire, în care ia la cunoștință că operatorul economic se află, având în vedere acțiunile sau inacțiunile săvârșite înainte sau în cursul procedurii, în una dintre situațiile prevăzute la [art. 177](#), [178](#) și [180](#) de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire.”

-art. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 - „Prin excepție de la dispozițiile alin. (1) [lit. b\)](#), entitatea contractantă nu exclude din procedura de atribuire un operator economic împotriva căruia s-a deschis procedura generală de insolvență și care se află în perioada de observație atunci când, pe baza informațiilor și/sau documentelor prezentate de operatorul economic sau în orice alt mod, stabilește că operatorul economic în cauză are capacitatea de a executa contractul sectorial/acordul-cadru, ținând cont de măsurile adoptate de respectivul operator privind continuarea activității. 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 procesului de reorganizare judiciară și respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanță.”

-art. 182 din Legea nr. 99/2016 - „Entitatea contractantă exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire, în care ia la cunoștință că operatorul economic se află, având în vedere acțiunile sau inacțiunile săvârșite înainte sau în cursul procedurii, în una dintre situațiile prevăzute la art. 177, 178 și 180 de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire”.

- art. 184 din Legea nr. 99/2016: „(1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la [art. 177](#), [178](#) și [180](#) 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 entitatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, entitatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire.

(3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la [art. 177](#), [178](#) și [180](#) le poate furniza entității 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.”

Din reglementările coroborate ale art. 180 alin. (2) și art. 184 din Legea nr. 99/2016 rezultă faptul că la momentul evaluării ofertei entitatea contractantă era ținută să permită ofertantului să prezinte dovezile necesare conform excepțiilor prevăzute de lege. Consiliul mai reține că autoritatea contractantă era pe deplin îndreptățită să acceseze Portalul instanțelor de judecată, acesta având caracter de bază de date publică, în acest sens fiind aplicabile dispozițiile art. 202 alin. (5) din Legea nr. 99/2016.

În același timp, dacă operatorul economic avea cunoștință că de la momentul prezentării documentelor care atestau situația sa au apărut modificări, era interesul său exclusiv de a prezenta documente, neexistând nicio obligație a autorității contractante a solicita din când în când documente actualizate, mai cu seamă că documentele erau depuse recent de ofertant. În același timp, informațiile din baza de date publică s-au dovedit a fi reale, aspect care consolidează decizia de respingere a ofertei asocierii.

Consiliul constată că în fișa de date a achiziției entitatea contractantă a stabilit la cap. III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului, că **„Ofertanții, ofertanții asociați, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 177, 178, 180 din Legea nr. 99/2016”**.

Potrivit DUAЕ, pentru ambele loturi, depuse de către SC ... SRL, aceasta a menționat la secțiunea „C: Capacitatea tehnică și profesională”, „Experiența similară se asigură de ...S.A.”. Or, în acest context, Consiliul constată că de vreme ce SC ...SA se află în faliment, asociatul acesteia, respectiv SC ... SRL nu îndeplinește cerința de calificare, contrar susținerilor contestatoarei care a indicat cu titlu de exemplu cauza C-396/14 CJUE.

Cauza invocată de către contestatoare a fost pronunțată chiar în sensul reținut de Consiliu, Curtea reținând că *„entitatea contractantă nu încalcă principiul respectiv (principiul egalității de tratament) atunci când îl autorizează pe unul dintre cei doi operatori economici care au făcut parte dintr-un grup de întreprinderi care a fost invitat ca atare să depună o ofertă de către entitatea menționată să se substituie grupului amintit ca urmare a dizolvării acestuia și să participe în nume propriu la o procedură negociată de atribuire a unui contract de achiziții publice, **cu condiția de a se stabili, pe de o parte, că acest operator economic îndeplinește singur cerințele stabilite de entitatea menționată și, pe de altă parte, că continuarea participării sale la procedura amintită nu atrage o deteriorare a situației concurențiale a celorlalți ofertanți**”*, prima condiție nu poate fi îndeplinită doar de către asociatul SC ... SRL. Pe de altă parte, a permite SC ... SRL în etapa de evaluare a ofertelor schimbarea documentelor doveditoare ale experienței similare ar încălca principiul egalității de tratament între ofertanți.

Față de situația juridică în care se află la data emiterii prezentei decizii, respectiv în procedura falimentului, cererea contestatoarei de a obliga entitatea contractantă la aplicarea dispozițiilor art. 205 alin. (1) și (2) și art. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, prin solicitarea de informații *„actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAЕ”*, este apreciată de Consiliu ca un demers excesiv și inutil, ofertantul contestator aflându-se, în fapt, în acest moment într-o situație juridică mai grea, respectiv cea a falimentului, decât cea în care se afla când a fost luată decizia de respingere a ofertei sale pentru cele două loturi, respectiv în procedura insolvenței.

Orice demers de a solicita, în temeiul art. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, informații și documente din care să rezulte că ... SRL poate face dovada că are capacitatea de a executa contractul este lipsit de efecte juridice, situația din acte nefiind în sensul în care operatorul economic ar face singur dovada experienței similare, din moment ce în DUAЕ propriu nu există informații în acest sens.

Potrivit documentelor DUAЕ depuse de cei doi asociați, experiența similară aparține SC ...SA, ... SRL nedeclarând contracte realizate.

De altfel, contestatoarea putea formula încă de la început apărări subsidiare în acest sens, însă a preferat să își exercite contestația invocând doar argumente legate de hotărârea de suspendare a hotărârii de intrare în faliment. De altfel, nici în punctul de vedere formulat la Consiliu după rămânerea definitivă a hotărârii de intrare în faliment contestatoarea nu a adus niciun fel de argumente și dovezi din care să reiasă că îndeplinește singură toate cerințele de calificare, astfel încât să justifice necesitatea reevaluării informațiilor suport DUAЕ.

Astfel, potrivit art. 88 din Legea nr. 99/2016, „Ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în

documentația de atribuire, **însoțită de DUAЕ sau alte documente solicitate prin care ofertantul furnizează informații privind îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție stabilite de entitatea contractantă**".

Practica instanțelor și a Consiliului este constantă în sensul că nu poate fi modificat fundamental DUAЕ depus odată cu oferta, acceptându-se doar modificări de formă, susținute de alte informații din DUAЕ. Chiar dacă s-ar admite, în extremis, posibilitatea contestatoarei de a depune un nou DUAЕ, din care să rezulte alte contracte doveditoare ale experienței similare, oricum operatorul nu ar îndeplini singur alte cerințe de calificare, cum ar fi, de pildă, cifra de afaceri, în condițiile în care în DUAЕ propriu sunt declarate valori mult mai reduse decât cele solicitate în documentația de atribuire, respectiv 2.100.00 Euro pentru lotul 1 și 850.000 Euro pentru lotul 2.

Față de constatările comisiei de evaluare, Consiliul reține că textul art. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, teza a doua, stabilește că operatorul economic nu va fi respins în situația în care *„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 procesului de reorganizare judiciară și respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanță”*.

Or, în cazul asociatului SC ...SA instanța a dispus *„intrarea în faliment prin procedura generală a debitoarei ...S.A. În temeiul art. 145 alin. 2 din Legea nr. 85/2014 dispune dizolvarea societății debitoare”*, astfel, ofertantul nu mai poate îndeplini cerințele de calificare, cel puțin sub aspectul experienței similare, cum s-a reținut anterior, fiind interzisă înlocuirea asociaților după data depunerii ofertelor.

În acest context, în mod corect entitatea contractantă susține în punctul de vedere depus la dosarul cauzei că devin în mod deplin și indiscutabil incidente dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 99/2016, întrucât SC ...SA se află în lichidare, ca efect al stării de faliment, dispuse de instanță, stare de lichidare care este un motiv de excludere din procedura de atribuire. Starea de faliment/lichidare a SC ...SA atrage aplicarea acestui motiv de excludere asupra întregii asocieri, scopul urmărit de legiuitor prin stabilirea art. 180 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 99/2016 fiind acela de a proteja interesele economice ale entității contractante, față de ofertanții care nu prezintă garanția bunei executări a contractului ce urmează a fi atribuit. Or, în situația în care unul dintre asociați se află în lichidare acesta nu va mai putea să își îndeplinească nicio obligație, patrimoniul său urmând a fi lichidat conform legii iar activitatea societății să înceteze.

Prin urmare, dată fiind noua situație juridică a asociatului SC ...SA asocierea nu se mai încadrează în excepția prevăzută de art. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, prevederile acestuia reglementând solicitarea de lămuriri cu privire la starea de insolvență și capacitatea ofertantului

de a executa contractul în etapa de insolvență când există un plan de redresare, situație care nu poate fi comparată cu starea de faliment în care societatea urmează a se desființa, desființare dispusă de către instanța de judecată în mod definitiv.

De altfel, chiar contestatoarea aduce în cadrul celei de-a treia contestații argumente prin care solicită respingerea unui contracandidat pentru existența unor certificate constatatoare, situație mult mai bună decât cea a propriei oferte. Astfel, menținerea sa în procedură ar fi o măsură neproportională și prin prisma acestor argumente.

Față de cele constatate, luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația nr. 1990/08.11.2019 (Dosar nr. 2396/2016) formulată de SC ... SRL în calitate de lider al Asocierii SC ... SRL - SC ...SRL.

În ceea ce privește contestația formulată de Asocieria SC ... SRL și SC ...SRL (dosar 2611/2019), Consiliul constată că prin această a doua contestație, sunt criticate deciziile entității contractante cu privire la ofertele depuse pentru cele două loturi de către Asocieria SC ...SRL și oferta depusă de SC ...SA pentru lotul 2.

Prin cea de a doua contestație, SC ... SRL solicită:

- anularea deciziei de declarare a ofertei Asocierii ...SRL ca fiind admisibilă, respectiv anularea procesului verbal privind evaluarea informațiilor din DUAE din 02.10.2019 referitor la oferta Asocierii, precum și a actelor subsecvente;

- obligarea entității contractante la reevaluarea ofertei Asocierii sub aspectul neîndeplinirii cerințelor din fișa de date a achiziției referitoare la cerințele privind capacitatea tehnică și/sau profesională și stabilirea ofertantului câștigător cu respectarea prevederilor legale și a documentației de atribuire;

- anularea deciziei entității contractante de declarare admisibilă a ofertei ...SA sub aspectul informațiilor cuprinse la pct. C – DUAE – motive de excludere referitoare la încetare anticipată a altui contract, daune interese sau alte sancțiuni comparabile, precum și a actelor subsecvente;

- obligarea entității contractante la reevaluarea ofertei ...SA privind neîndeplinirea cerințelor privind excluderea pe baza informațiilor de la pct C DUAE – încetarea anticipată a altui contract, daune interese sau alte sancțiuni comparabile.

Pentru contestația formulată în dosarul nr. 2611/2019 de către SC ... SRL, aceasta îndeplinit procedura stabilită la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, prin depunerea Recipisei de consemnare nr. 205950269/1 în valoare de 440.000,00 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria, în data de 12.12.2019.

Cauțiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5) și (6) din Legea nr. 101/2016.

Consiliul constată că la dosarul cauzei a fost depusă cerere de intervenție accesorie de către SC ...SA, prin care solicită admiterea acesteia și respingerea contestației formulată de SC ... SRL în dosarul nr. 2611/2019.

În ceea ce privește cererea de intervenție formulată de către SC ...SA, aceasta își justifică interesul în cauză având în vedere că se critică oferta sa, depusă pentru lotul 2, fiind interesată să își apere calitatea de operator economic implicat în procedură. Astfel, Consiliul constatând că sunt îndeplinite cerințele impuse de art. 61 alin. (1) Cod procedură civilă, în temeiul art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, raportat la art. 64 alin. (3) Cod procedură civilă, urmează să admită în principiu cererea de intervenție formulată de SC ...SA.

La dosarul cauzei a fost, de asemenea, depusă cerere de intervenție, cu respectarea termenului stabilit de art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, de către ofertantul SC ...SRL, prin care solicită respingerea ca tardiv introdusă, iar în subsidiar, ca nefondată, a contestației formulată de SC ... SRL, în dosarul nr. 2611/2019, cu privire la ofertele depuse de societatea sa pentru loturile 1 și 2.

Consiliul încuviințează în principiu, în conformitate cu art. 64 alin. (3) Cod procedură civilă, cererea de intervenție înaintată de SC ...SRL, având în vedere că aceasta își justifică interesul în cauză având în vedere că se critică oferta sa, fiind interesată să își apere calitatea de operator economic implicat în procedură.

Consiliul constată că entitatea contractantă a invocat prin punctul de vedere excepția inadmisibilității și excepția tardivității contestației, aceasta din urmă fiind invocată și de către cele două interveniente, iar potrivit dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează a le analiza cu precădere.

În ceea ce privește excepția inadmisibilității contestației, Consiliul constată că în susținerea acesteia, entitatea contractantă arată că actele împotriva cărora este îndreptată contestația sunt nominalizate de către contestatoare ca fiind:

„Decizia CNAB de declarare a ofertei asocierii ...SRL (denumită în continuare EMP) ca fiind admisibilă;

Procesul verbal privind evaluarea informațiilor din DUAE din 02.10.2019 referitor la oferta EMP;

Actele subsecvente celor două pretinse acte, menționate mai sus;

Decizia CNAB de declarare a ofertei ... (denumită în continuare UTI) sub aspectul informațiilor cuprinse la pct. C din DUAE”, acte despre care apreciază că sunt, de fapt, elemente ale unei proceduri interne de luare a deciziilor entității contractante care nu constituie acte atacabile prin contestație, în sensul Legii nr. 101/2016, nefiind îndeplinite condițiile prevăzute de art. 3 alin. (1) lit. a) și lit. f) punctul ii) din aceasta.

Consiliul va respinge excepția inadmisibilității contestației astfel cum a fost formulată, având în vedere că prin contestația formulată SC ... SRL, aceasta contestă acte ale autorității contractante, emise de

către comisia de evaluare, în etapa de evaluare a ofertelor, acte care produc efecte juridice și care pot afecta luarea unei decizii legale de către entitatea contractantă, iar pe cale de consecință sa aducă eventuale prejudicii ofertanților participanți. Pe de altă parte, autoritatea contractantă alegând să comunice rezultatul evaluărilor intermediare, și nu numai rezultatul final al procedurii, înseamnă că și-a asumat riscul depunerii de contestații și în ceea ce privește aceste acte, fiind cert că operatorii interesați le vor contesta.

Consiliul are în vedere, în acest sens, și Hotărârea CJUE Cauza C-689/13 PFE, care a stabilit următoarele: „Articolul 1 alineatul (1) al treilea paragraf și alineatul (3) din Directiva 89/665/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări, astfel cum a fost modificată prin Directiva 2007/66/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 decembrie 2007, trebuie interpretat în sensul că **se opune ca o cale de atac principală introdusă de un ofertant care are un interes în obținerea unui anumit contract și care a fost prejudiciat sau riscă să fie prejudiciat printr-o presupusă încălcare a dreptului Uniunii în materie de contracte de achiziții publice sau a normelor de transpunere a acestui drept și prin care se urmărește excluderea unui alt ofertant să fie declarată inadmisibilă în temeiul normelor procedurale naționale care prevăd examinarea cu prioritate a căii de atac incidente formulate de acest alt ofertant.**”

Prin urmare, în situația în care un ofert contestatoarei a fost respinsă pentru unul dintre motivele prevăzute la art. 180 din Legea nr. 99/2016 (falimentul), este pe deplin îndreptățită să atace actele autorității contractante prin care un alt ofertant, aflat în aceeași situație (chiar dacă a fost invocat un alt motiv de respingere a ofertei, respectiv existența mai multor certificate constatatoare negative), a fost declarat admisibil, egalitatea de tratament fiind garantată pe parcursul procedurii de atribuire.

După cum rezultă din documentele procedurii, în cadrul lotului 2 au fost declarate admisibile, în etapa verificării DUAЕ, cele două oferte a căror admisibilitate este contestată prin prezenta contestație, iar pentru lotul 1, a fost declarată admisibilă doar oferta Asocierii ...SRL – SC ...SRL. Pentru ambele loturi, este evident interesul contestatoarei de a critica rezultatul evaluării DUAЕ, aceasta vizând prin contestația depusă respingerea și a celorlalte oferte depuse, iar apoi de anulare a procedurii, situație în care ar avea șansa participării la o nouă procedură, cu un alt asociat, aspect care conduce la concluzia admisibilității contestației.

De asemenea, Consiliul constată că actele a căror anulare este solicitată de către contestatoare se încadrează în definițiile stabilite de art. 3 alin. (1) lit. a și lit. f) punctul ii) din Legea nr. 101/2016 potrivit

căroră „În sensul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos semnifică, după cum urmează:

a) *act al autorității contractante* – orice act, orice operațiune care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal al unei obligații prevăzute de legislația în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operațiune, în legătură cu sau de a efectua o anumită operațiune, în legătură cu sau în cadrul unei proceduri de atribuire prevăzute de art. 68 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, de art. 82 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare, sau de art. 50 din Legea nr. 101/2016 privind concesiunea de lucrări și concesiunea de servicii, cu modificările și completările ulterioare; (...)

f) *persoană care se consideră vătămată* - orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:

(i) *are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și*

(ii) *a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire”.*

În ceea ce privește tardivitatea contestației ce face obiectul dosarului nr. 2611/2019, Consiliul reține că entitatea contractantă își întemeiază excepția pe faptul că are „suspiciunea” că această contestație nu a fost depusă la CNSC până cel târziu 05.12.2019, solicitând Consiliului să verifice acest aspect.

Verificând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată că data la care a fost transmisă la CNSC contestația nr. 2184/05.12.2019, este 05.12.2019, transmisă prin email la ora 16:33, situație față de care excepția tardivității contestației va fi respinsă.

Pe fondul cauzei, Consiliul constată că prin contestația nr. 2184/05.12.2019, SC ... SRL critică decizia entității contractante de a declara admisibile ofertele depuse de către SC ...SRL și SC ...SA, în condițiile în care acestea ar fi trebuit respinse pentru următoarele motive:

1. Asocierea ...SRL – SC ...SRL nu face dovada respectării de către terțul susținător a cerinței prevăzute în fișa de date la pct. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională referitoare la asigurarea secretului de serviciu pentru ambele loturi.

În susținerea criticii contestatoarea arată că Asocierea ...SRL – SC ...SRL nu a depus pentru terțul susținător documentele obligatorii referitoare la protecția informațiilor clasificate, respectiv lista persoanelor care vor fi implicate în contract și vor lua la cunoștință de informațiile clasificate și autorizațiile de acces ale acestor persoane, ci a depus o simplă declarație cât și faptul că autorizarea EU Confidențial deținută de

dl ...nu reprezintă autorizație de acces la informații „secrete de serviciu” în sensul prevederilor din fișa de date a achiziției.

De asemenea, contestatoarea invocă faptul că în declarația depusă nu se specifică legătura persoanei numite cu entitatea terț susținător, astfel că nu se cunoaște care este implicarea acestuia în activitatea terțului, dar și faptul că autorizarea d-lui ...este emisă de autoritățile din ..., care nu au legătură cu terțul susținător în ce privește raporturile de autoritate publică națională care guvernează reglementarea activității terțului, precizând că terțul este înființat și funcționează în Polonia, iar autoritatea publică emitentă a autorizației de acces la informațiile clasificate este în

În soluționarea criticilor, Consiliul reține că prin fișa de date a achiziției, entitatea contractantă a stabilit la Cap. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, Diplome de studii și calificări, pentru ambele loturi, că:

„Ofertantul/ofertanții asociați, subcontractanții și terții susținători trebuie să aibă capacitatea de a asigura protecția informațiilor clasificate nivel «secret de serviciu», capacitate ce va fi dovedită prin:

a) Ofertantul să dețină structura de securitate proprie organizată/funcționar de securitate în conformitate cu prevederile Legii nr. 182/2002, privind protecția informațiilor clasificate, cu modificările și completările ulterioare, a Standardelor naționale de protecție a informațiilor clasificate în România, aprobate prin HG nr. 781/2002 privind protecția informațiilor secret de serviciu sau existența funcționarului de securitate;

b) ofertantul și dacă e cazul, ofertantul asociat, subcontractantul, terțul susținător să dețină persoane care îndeplinesc condițiile pentru a avea acces la informații clasificate «secret de serviciu»

Modalitatea de îndeplinire:

a) Pentru verificarea îndeplinirii cerinței prevăzută la lit. a), se va prezenta Organigramă societăți din care să reiasă existența structurii de securitate proprie, organizată în conformitate cu prevederile Legii nr. 182/2002, privind protecția informațiilor clasificate, cu modificările și completările ulterioare, a Standardelor naționale de protecție a informațiilor clasificate în România, aprobate prin HG nr. 585/2002 și a HG nr. 781/2002 privind protecția informațiilor secret de serviciu sau existența funcționarului de securitate.

Pentru verificarea îndeplinirii cerinței prevăzute la lit. b) pentru verificarea îndeplinirii cerinței prevăzută la lit. b), ofertantul și dacă e cazul, ofertantul asociat, subcontractantul, terțul susținător trebuie să prezinte lista persoanelor care vor cunoaște de conținutul informațiilor clasificate «secret de serviciu» ce vor fi puse la dispoziție, însoțită de autorizațiile de acces la informații «secrete de serviciu» - copie certificată «conform cu originalul»”.

În fișa de date, Secțiunea III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională s-a solicitat ofertanților să aibă capacitatea de a asigura protecția informațiilor clasificate nivel „secret de serviciu”.

De asemenea, conform Anexei 1 „Procedura de testare a echipamentelor propuse de către ofertanți în cadrul propunerii tehnice pentru Loturile 1 (EDSCB) și II (scaner securitate) din Caietul de sarcini pct II lit g), fiecare ofertant va face dovada deținerii, de către reprezentanții acestuia participanți la procedura de testare, a autorizațiilor de acces la informații clasificate, nivel secret de serviciu”, prin urmare, solicitarea de autorizație de acces la informații clasificate existând numai pentru această procedură.

Cu privire la prevederile documentației de atribuire SC ...SRL, a solicitat clarificări referitoare la autorizațiile de acces la informații clasificate, la care entitatea contractantă a răspuns prin adresa nr. 2336/29.07.2019 entitatea contractantă a publicat în SEAP următoarea clarificare:

„Întrebare 2:

În Fișa de Date la Secțiunea 111.1.3.a) - «Capacitatea tehnică și/sau profesională», la criteriul de calificare «diploma de studii și calificări profesionale» se solicită ca terțul susținător să dețină persoane care îndeplinesc condițiile pentru a avea acces la informații clasificate «secret de serviciu». Dorim ne precizați dacă această cerință este aplicabilă în cazul terților susținători a căror susținere nu implică accesul la informații clasificate.

Din analiza prevederilor cuprinse în documentația de atribuire, respectiv caietul de sarcini, reiese faptul că singurele informații clasificate nivel «secret de serviciu» sunt cele incluse în anexa 1.1 și anexa 1.2, informații care, potrivit principiului «nevoia de a cunoaște», nu sunt necesare a fi aduse la cunoștință unui terț susținător.

Potrivit prevederilor art. 57 alin . 1 din Hotărârea Guvernului nr. 394/2016, intervenția susținătorului apare pe parcursul executării contractului, atunci când ofertantul declarat câștigător întâmpină dificultăți în executarea contractului.

Totodată, din analiza documentației de atribuire, pe parcursul executării contractului nu vor fi gestionate informații clasificate.

Apreciem că, impunerea unei cerințe terțului susținător care nu are legătură cu susținerea acordată și executarea contractului determină o încălcare a prevederilor art. 185 din alin (3) și (5) din Lega nr. 99/2016, motiv pentru care solicităm eliminarea acestei cerințe.

Răspuns 2:

Entitatea contractantă menține cerința, cu precizarea că aceasta se va aplica terților susținători, numai în cazul în care susținerea implică accesul la informații clasificate”.

Din informațiile prezentate de DUAЕ rezultă că ofertant în prezenta procedură de atribuire este Asocieria ...SRL – SC ...SRL, iar sp. Z o.o. are calitatea de terț susținător, acesta prezentând Angajament

privind susținerea tehnică și profesională, iar în DUAE prezentat de acesta se precizează la lit. C: Capacitatea tehnică și profesională „Descriere: Mr ...is a holder of EY Confidential security clearance issued by Croatian Authority and it is valid until 23 August 2021”.

Consiliul, verificând documentele depuse de către Asociera ...SRL – SC ...SRL constată că au fost depuse listele cu persoanele care au acces la informații clasificate la care au fost anexate autorizațiile de acces la informații secret de serviciu pentru acestea (pag. 71-89), inclusiv documente pentru persoana desemnată de terțul susținător.

Prin urmare, având în vedere că pentru terțul susținător era indicată o singură persoană, este excesiv a considera că neprezentarea unei „liste” cu această persoană este motiv de respingere a ofertei, iar în ceea ce privește autorizația de acces, ofertantul a depus documentul „*Permis de acces la informații confidențiale*” „CONFIDENȚIALE UE” valabil până la data de 23.08.2021, și nu doar o declarație așa cum afirmă contestatoarea, criticile cu privire la aceste aspecte se dovedesc nefondate.

Va fi reținută ca nefondată și susținerea contestatoarei potrivit căreia autorizarea CONFIDENTIAL EU nu este acoperitoare pentru RESTREINT EU/SECRET DE SERVICIU, fiind evident că reprezentantul terțului susținător îndeplinește criteriile solicitate de COMPANIA DE ..., chiar dacă potrivit propriei oferte nu este necesar accesul acestuia la informațiile secrete, documentele fiind astfel depuse pentru o eventuală interpretare greșită a cerinței de către comisia de evaluare și pentru evitarea riscului respingerii ofertei.

Consiliul va respinge ca nefondate și criticile referitoare la faptul că declarația depusă nu se specifică legătura persoanei numite cu entitatea terț susținător și faptul că autorizarea d-lui ...este emisă de autoritățile din ..., în condițiile în care terțul este înființat și funcționează în Polonia, iar autoritatea publică emitentă a autorizației de acces la informațiile clasificate este în

În luarea deciziei Consiliul are în vedere faptul că terțul susținător a depus DUAE în conținutul căruia a indicat ca persoană autorizată pentru acces la informații informațiilor clasificate pe dl ...pentru care a fost prezentată de către reprezentantul legal al terțului susținător „Împuternicire” prin care împuternicește persoana indicată „*să acționeze în calitate de reprezentant legal al Companiei, cu puteri și autoritate deplină, să înregistreze Compania în sistemul de achiziție publică din România (ESPD) și să semneze documentele obligatorii pentru licitațiile publice CN10111790 și CN10112032*”, însoțită de documentul „*Permis de acces la informații confidențiale*”.

În soluționarea criticii Consiliul va reține ca relevant și principiul recunoașterii reciproce statuat de art. 2 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 99/2016, potrivit căruia documentele emise în Uniunea Europeană vor fi recunoscute de toate statele membre, situație în care autorizarea d-lui ..., emisă de autoritățile din ..., trebuia acceptată de oricare stat membru.

Așa cum rezultă din documentele depuse în ofertă, Consiliul constată că Asocierea ...SRL – SC ...SRL a prezentat dovezi pentru îndeplinirea cerinței din fișa de date a achiziției, deși, așa cum susține în Declarația privind accesul la informații clasificate, depusă în ofertă cât și prin cererea de intervenție, *„susținerea tehnică acordată de firma ..., nu implică accesul acestei entități la informațiile clasificate puse la dispoziție de către CNAB, informații care se referă în mod exclusiv la testarea echipamentelor în perioada de evaluare a ofertelor, ele nefiind necesare susținerii acordate”*.

Cu privire la oferta depusă de SC ...SA contestatoarea critică decizia entității contractante este nelegală, în cazul ambelor loturi, întrucât acest ofertant se află în situațiile prevăzute de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, situație în care oferta, în opinia sa, trebuia exclusă din procedura de atribuire.

În susținerea celor de mai sus, contestatoarea arată că din conținutul procesului verbal de evaluare a ofertelor din data de 02.10.2019 rezultă că atât ofertantul cât și terțul susținător SC ...GRUP SA se află în situația de excludere pentru motive privind încetarea anticipate a altui contract, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile, precizând că în cazul terțului susținător entitatea contractantă trebuia să facă aplicarea dispozițiilor art. 202 corelate cu cele ale art. 197 alin. (1) din Legea nr. 99/2016.

În soluționarea criticilor Consiliul reține că în etapa de evaluare a ofertelor, în procesul verbal de evaluare a ofertei depusă de SC, comisia de evaluare a consemnat cu privire la cerința *„C. Motive de excludere referitoare la procedura de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale (...)”*, în cazul ambelor loturi, următoarele:

- SC*„Societatea Națională de Gaze Naturale Romgaz S.A. prin Sucursala de Transport Tehnologic și Mentenanță Tg. Mureș a reziliat contractul subsecvent nr. 409/06.11.2018 încheiat cu ...S.A. care a avut ca obiect prestarea de servicii de monitorizare și control precum și furnizarea de sisteme de monitorizare GPS. Motivul rezilierii a fost faptul că, în urma testelor efectuate, Autoritatea contractantă a apreciat faptul că nu sunt îndeplinite toate cerințele și specificațiile din Caietul de Sarcini, fapt care este suficient să conducă la rezilierea contractului subsecvent. Din documentul constatator reiese în mod clar că ...S.A. a respectat termenele contractuale de livrare de produse/prestare servicii (pct 8 lit.b din documentul constatator). În urma unei analize interne, ...S.A. a determinat faptul că principalul motiv al rezilierii contractului subsecvent au fost erorile de testare generate de aplicațiile dezvoltate de către colaboratorul Persoana Fizică Autorizată Liviu Năstase. ...S.A. a reziliat contractul încheiat cu acest colaborator și a refuzat plata serviciilor prestate. Cerința îndeplinită”* iar în coloana aferentă terțului susținător SC ...GRUP SA a fost consemnat faptul că *„ANCOM a aplicat ...GRUP SA penalități în sumă de 16.275,63 lei pentru nerespectarea termenului de finalizare a Contrcatului nr. SC-DA-*

7797/14.03.2017 având ca obiect prestarea de servicii de programare software pentru adaptarea soluției software de portabilitate pentru funcționarea portabilității numerelor pe o nouă arhitectură hardware, depășindu-l cu 14 zile. La finalizarea contractului, ANCOM a emis documentul constatator nr. SCDL-28.937/25.10.2017 și Adresa nr. SC-DL-33289/24.11.2017 prin care a arătat că a aplicat penalități de întârziere subscrisei, dar în același timp a menționat că «obligațiile au fost îndeplinite corespunzător și nu au fost înregistrate neconformități care să conducă la refaceri parțiale sau totale, cazuri de accidente tehnice sau recepții respinse datorită nerespectării parametrilor de calitate care să cauzeze».

...GRUP SA a fost de acord cu penalitățile aplicate și cu reținerea acestora de către ANCOM. Astfel, prin reținerea penalităților s-a creat un echilibru între cele două părți, necreându-se niciun fel de prejudicii autorității contractante, proiectul fiind implementat în mod corespunzător”.

Procedând la analiza criticilor formulate, Consiliul constată că în speță sunt aplicabile prevederilor Legii nr. 99/2016, respectiv:

- art. 180 alin. (1) potrivit căruia „Entitatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: (...)

g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i revineau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract sectorial sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune - interese sau alte sancțiuni comparabile;” și cele ale

- art. 180 alin. (6) potrivit căruia „În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. g), se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea obligațiilor privind livrarea produselor sau serviciilor, ori neexecutarea lucrărilor, livrarea unor produse sau servicii care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației avute în vedere de entitatea contractantă, ori executarea unor lucrări care nu respectă cerințele caietului de sarcini, sau un comportament necorespunzător care creează îndoieli serioase cu privire la credibilitatea operatorului economic”.

Din conținutul actului „Document constatator referitor la îndeplinirea obligațiilor contractuale” nr. 3092/26.02.2019 înregistrat la ofertant sub nr. ...F.M. 2050/11.03.2019, Consiliul constată că în ceea ce privește contractul nr. 409/06.11.2018 „Sisteme de monitorizare și control prin GSM” entitatea contractantă ROMGAZ a menționat la:

- punctul 6 „Informații privind data: (...) – încheierii procesului verbal de recepție: Nu este cazul – S-a întocmit PV refuz recepție înregistrat cu nr. 1946/06.02.2019”;

- punctul „8.Motivație:”

„a) abateri de la calitatea produselor/serviciilor/lucrărilor contractate: serviciile nu au corepus cerințelor din caietul de sarcini

b) nerespectarea termenelor contractuale de livrare produse/prestare, servicii/executare lucrări din culpă: abateri de la respectarea normelor de securitate și sănătatea muncii, PSI, legislația de protecția mediului: nu este cazul

c) alte: nu este cazul

d) eventualele litigii și modul lor de soluționare: nu este cazul

e) rezilierea contractului: contractul a fost reziliat conform pct 11.2 din Contractul Subsecvent nr. 409/06.11.2018”;

În documentul constatator nr. SC-SL-18937/25.10.2017 emis de ANCOM pentru terțul susținător SC ...GRUP SA, emis ca urmare a derulării contractului nr. SC-DA-7797/14.03.2017, este menționat faptul că:

„În cursul derulării contractului de servicii mai sus menționat operatorul economic ...GRUP S.A. nu a prestat serviciile la termen. Deoarece nu au fost respectați termenii contractuali, s-au calculat, în sarcina operatorului economic, penalități de întârziere în cuantum total de 16.275,63 lei (conform adresa penalități nr.DASRN/1695/13.10.2017 și PVR nr.1601/10.10.2017), penalități care au fost deduse și reținute din obligația de plată a prețului pentru serviciile prestate, conform prevederilor contractuale”.

Astfel, din analiza informațiilor menționate în cele două documente constatatoare, Consiliul constată că motivele de emitere a acestora se încadrează în ipoteza „și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile,, astfel cum a fost definită încălcarea gravă ale obligațiilor contractuale de art. 180 alin. (6) din Legea nr. 99/2016.

Aprecierea situației descrise în cele două acte constatatoare ca fiind gravă sau repetată nu este atributul entității contractante, după cum aceasta susține, întrucât legiuitorul a stabilit, în mod expres, că entitatea contractantă exclude din procedura de atribuire ofertantul care și-a încălcat în mod grav și repetat obligațiile principale ce îi reveneau în cadrul unui contract, încălcări care au condus la încetarea anticipată a contractului sau la plata de daune interese sau alte sancțiuni.

Or, în prezenta speță, Consiliul reține că entitatea contractantă a apreciat în mod greșit că motivele care au stat la baza emiterii celor două acte nu constituie, în sensul art. 180 din Legea nr. 99/2016, o încălcare gravă a obligației principale în cadrul celor două contracte în condițiile în care a avut loc rezilierea contractului de către ROMGAZ, întrucât „S-a întocmit PV refuz recepție înregistrat cu nr. 1946/06.02.2019”, „serviciile nu au corespuns cerințelor din caietul de sarcini” iar „contractul a fost reziliat conform pct. 11.2 din Contractul Subsecvent nr. 409/06.11.2018”, situație care este reglementată, expres de legiuitor că în astfel de situații ofertantul să fie exclus din procedura de atribuire.

Faptul că a fost întocmit proces verbal de refuz a recepției a produsului „Sisteme de monitorizare și control prin GPS” ce a făcut obiectul contractului nr. 409/06.11.2018 și ulterior, **rezilierea contractului**, conduce la concluzia că produsul a avut „neconformități majore care le fac improprie utilizării conform destinației avute în vedere de entitatea contractantă”, ipoteză prevăzută de art. 180 alin. (6) din Legea nr. 99/2016, care definește sintagma „încălcări grave ale obligațiilor contractuale”. Inexistența prejudiciului menționată în respectivul certificat constatator este lipsită de relevanță, din moment ce s-a produs rezilierea contractului pentru neexecutarea sa. Într-o speță similară, Curtea de Apel Ploiești, în dosarul nr. 328/42/2019, Sentința nr. 792/07.06.2019, a reținut următoarele:

„Potrivit art. 167 alin. 1 lit g nr. Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziții publică/acordul-cadru orice operator economic care și-a încălcat în mod grav și repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Curtea constată că intimata-intervenientă se află în situația reglementată de acest articol, livrând cu întârziere produsele în baza contractului de furnizare nr. 1A 12792AP/99/27.04.2018. De asemenea, produsele nu au fost livrate în totalitate, altele fiind livrate la un alt gramaj decât cel asumat în contract fapte ce au condus la rezilierea contractului conform notificării de reziliere nr. IA17287.

Este evident că, în condițiile în care neexecutarea acestui contract a condus la rezilierea lui, acest fapt a fost de natură să producă grave prejudicii autorității contractante, aceasta fiind în situația de a achiziționa produsele de care avea nevoie prin organizarea unei noi proceduri de achiziție publică, astfel că se impunea excluderea acestui participant din procedura de atribuire în temeiul art. 167 alin. 1 lit. G din Legea nr. 98/2016.

Lipsa din dosarul de achiziție a unui document justificativ, în sensul disp. art. 166 din HG nr. 395/2016, care să ateste că _____ nu și-a îndeplinit obligațiile contractuale într-un contract anterior, nu poate conduce la o altă soluție. O interpretare contrară ar crea un avantaj participantului care, cu intenție, nu comunica documentele ce pot conduce la excluderea sa din procedura achiziției. O astfel de interpretare nu poate fi primită fiind contrară scopului pentru care legea a prevăzut obligația depunerii documentelor menționate.

Este adevărat că nu orice document constatator conduce la respingerea ofertantului, dar, în speță, având în vedere notificarea de reziliere ce atestă neîndeplinirea obligațiilor asumate într-un alt contract de achiziții publice și atitudinea intervenientul care nu a declarat în prezenta procedură de achiziții această neexecutare, Curtea apreciază că

se impune admiterea plângerii, modificarea deciziei CNSC nr. 695/C9/604 din data de 06.05.2019, anularea în parte a Raportului procedurii de atribuire nr. 1100/05.04.2019 în sensul excluderii participantului desemnat câștigător pentru Lotul nr. 13”.

Prin urmare, Curtea, chiar în situația inexistenței unui document constatatator care să stabilească un anumit prejudiciu, a apreciat că rezilierea uni contract reprezintă, în sine, un prejudiciu.

O încălcare gravă a obligației principale a contractului se regăsește și în cazul documentului constatatator emis de ANCOM pentru terțul susținător SC ...GRUP SA, în cazul căruia s-a stabilit că „operatorul economic ...GRUP S.A. nu a prestat serviciile la termen”, motiv pentru care au fost stabilite „penalități de întârziere în quantum total de **16.275,63 lei**”, situație care se încadrează în definiția data art. 180 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, respectiv încălcări ale obligațiilor contractuale care „au dus la (...) plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile”.

Prin urmare, având în vedere cele reținute anterior, Consiliul va admite criticile aduse cu privire la oferta depusă de SC ...SA, contestația urmând a fi de asemenea admisă pentru criticile formulate cu privire la oferta acestui ofertat.

Astfel, ca urmare a celor constatate, respectiv a caracterului nefondat al criticilor formulate atât cu privire la oferta depusă de Asocierea ...SRL – SC ...SRL Consiliul a respins ca nefondate criticile înșă, având în vedere caracterul fondat al criticilor aduse ofertei depusă de SC ...SA, în temeiul art. (2) și (6) din Legea nr. 101/2016, va admite în parte contestația și va obliga entitatea contractantă ...SA la anularea Procesului verbal nr. 60.3/30.10.2019 și a actelor subsecvente acestuia, în partea ce privește oferta SC ...SA și va dispune reevaluarea ofertei depusă de aceasta pentru lotul 2, conform considerentelor de mai sus.

Având în vedere caracterul nefondat al contestației cu privire la oferta depusă de Asocierea ...SRL – SC ...SRL, Consiliul va admite cererea de intervenție formulată de aceasta.

În ceea ce privește cererea de intervenție formulate de SC ...SA, criticile aduse acestei oferte s-au dovedit a fi fondate, motiv pentru care Consiliul va respinge cererea intervenientei.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondate contestațiile formulate de către SC ...SA (Dosar nr. 2394/2019) și SC ... SRL (Dosar nr. 2396/2019) în contradictoriu cu ...SA.

Respinge ca tardivă cererea de intervenție formulată de SC ...SA în Dosarul nr. 2396/2019.

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite în parte contestația SC ... SRL (Dosar nr. 2611/2019). Obligă autoritatea contractantă la anularea Procesului verbal nr. 60.3/30.10.2019 și a actelor subsecvente acestuia, în partea ce privește oferta SC ...SA, și dispune reevaluarea ofertei depusă de aceasta pentru lotul 2, conform considerentelor de mai sus.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondate restul criticilor.

Măsurile dispuse vor fi aduse la îndeplinire în termen de 15 zile de la comunicarea prezentei.

Admite cererea de intervenție formulată de SC ...SRL în Dosarul nr. 2611/2019.

Respinge cererea de intervenție formulată de SC ...SA în Dosarul nr. 2611/2019.

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

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

PREȘEDINTE,

MEMBRU,

MEMBRU,

....

Redactată în 6 (șase) exemplare, conține 99
(nouăzeci și nouă) pagini.