CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745, www.cnsc.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. .../C..../...
Data: ....

Prin contestația nr. HC13/234/10.04.2017, transmisă prin fax, înregistrată la Consiliu sub nr. 13032/10.04.2017 și depusă în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 13049/10.04.2017, ce formează obiectului **Dosarului nr. .../2017**, S.C. ... S.A., în calitate de lider al asocierii S.C. ... S.A. – S.C. ...S.R.L., cu sediul în municipiul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal prin Director general adjunct ..., a contestat adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 8555/29.03.2017, document emis în cadrul procedurii de atribuire „simplificată", într-o singură etapă, on-line, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Îmbunătățirea capacității de preluare a apelor meteorice din ...", cod CPV 45232130-2 (Rev.2), organizată de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ..., str. ... și a solicitat anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 8555/29.03.2017 și a răspunsului la notificarea prealabilă nr. 4942/31.03.2017, ca netemeinice și nelegale, anularea raportului procedurii, în ceea ce privește evaluarea ofertei sale și a tuturor actelor subsecvente acestuia, precum și dispunerea măsurilor de remediere, în sensul obligării autorității contractante la reluarea procedurii și la reevaluarea ofertei sale, cu emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire.

În cadrul aceleiași proceduri de atribuire s-a depus contestația nr. 2411/04.05.2017, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 16827/04.05.2017 și în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 16902/04.05.2017, ce formează obiectul **Dosarului nr. 1444/2017**, prin care S.C. ... S.R.L., în calitate de lider al asocierii S.C. ... S.R.L. & S.C. ... S.R.L. & S.C. ... S.R.L. & S.C. ... S.R.L., cu sediul în municipiul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr.

..., având CIF RO ..., reprezentată legal prin administrator ..., a contestat adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 10626/21.04.2017 și a solicitat anularea acesteia, anularea parțială a raportului procedurii și a actelor care au stat la baza întocmirii lui, în sensul obligării autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire și la reevaluarea ofertei sale.

S.C. ... S.R.L., în calitate de lider al asocierii S.C. ... S.R.L. & S.C. ... S.R.L. & S.C. ...S.R.L. & S.C. ... S.R.L., cu datele de identificare de mai sus, a depus cererea de intervenție nr. 2358/02.05.2017, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 16590/03.05.2017, în cauza ce formează obiectul Dosarului nr. .../2017, prin care a solicitat respingerea contestației formulată de S.C. ... S.A., ca nefondată.

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

Prin contestația nr. HC13/234/10.04.2017, transmisă prin fax, înregistrată la Consiliu sub nr. 13032/10.04.2017 și depusă în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 13049/10.04.2017, ce formează obiectul **Dosarului nr. .../2017**, formulată de S.C. ... S.A., în calitate de lider al asocierii S.C. ... S.A. – S.C. ...S.R.L., în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă, împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 8555/29.03.2017, document emis în cadrul procedurii de atribuire „simplificată”, într-o singură etapă, on-line, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Îmbunătățirea capacității de preluare a apelor meteorice din ...”, cod CPV 45232130-2 (Rev.2), s-a solicitat anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 8555/29.03.2017 și a răspunsului la notificarea prealabilă nr. 4942/31.03.2017, ca netemeinice și nelegale, anularea raportului procedurii, în ceea ce privește evaluarea ofertei sale și a tuturor actelor subsecvente acestuia, precum și dispunerea măsurilor de remediere, în sensul obligării autorității contractante la reluarea procedurii și reevaluarea ofertei sale, cu emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire.

În cadrul aceleiași proceduri de atribuire s-a depus contestația nr. 2411/04.05.2017, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 16827/04.05.2017 și în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 16902/04.05.2017, ce formează obiectul **Dosarului nr. .../2017**, formulată de S.C. ... S.R.L., în calitate de lider al asocierii S.C. ... S.R.L. & S.C. ... S.R.L. & S.C. ...S.R.L. & S.C. ... S.R.L., împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 10626/21.04.2017, prin care s-a solicitat anularea acesteia, anularea parțială a raportului procedurii și a actelor care au stat la baza întocmirii lui, în sensul obligării autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire și la reevaluarea ofertei sale.

În temeiul art. 17 alin. (1) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul a procedat la conexarea celor 2 (două) contestații.

În susținerea contestației sale ce formează obiectul Dosarului nr. .../2017, contestatoarea S.C. ... S.A. aduce la cunoștință faptul că oferta sa a fost exclusă din procedură în baza art. 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016, motivându-se faptul că S.C. ...S.A. face parte din asocierea ... S.A. - ...S.R.L. și a elaborat Studiul de fezabilitate care este inclus în documentația de atribuire.

În acest sens, contestatoarea susține că hotărârea autorității contractante de excludere a ofertei sale este neîntemeiată, invocând astfel prevederile art. 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016 și considerând că autoritatea contractantă se află într-o vădită eroare, având în vedere următoarele aspecte:

- obiectul contractului încheiat între S.C. ...S.A. și Primăria Municipiului Tulcea a fost de servicii de Întocmire a studiului de fezabilitate și nu de prestare a unor servicii de achiziție publică, iar efectele contractului au fost încheiate odată cu predarea documentației;

- S.C. ...S.A., chiar dacă a elaborat studiul de fezabilitate și a participat apoi – în calitate de ofertant - la procedură, nu a fost implicată în elaborarea documentației de atribuire ori la pregătirea procedurii, așa cum greșit susține autoritatea contractantă, prin urmare societatea sa nu se află în situația unui eventual conflict de interese.

Referitor la denaturarea concurenței, ca urmare a întocmirii de către operatorul economic a studiului de fezabilitate sau răspunsul la clarificări asupra aspectelor tehnice rezultate din studiul de fezabilitate, contestatoarea apreciază că sediul materiei îl constituie art. 140 alin. (1) și art. 150 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

S.C. ... S.A. precizează că ofertanții din cadrul procedurii au avut acces la toate detaliile tehnice și clarificările ulterioare, în aceeași măsură ca și autorul studiului de fezabilitate, prin publicarea acestora în SEAP, astfel încât consideră că măsurile stipulate în art. 140 din Legea nr. 98/2016 au fost respectate de autoritatea contractantă, nefiind în prezența situației de denaturare a concurenței.

Prin urmare, contestatoarea consideră că prevederile art. 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016 pot deveni incidente în cadrul procedurii de atribuire numai în măsura în care autoritatea contractantă poate demonstra că participarea anterioară a societății la elaborarea studiului de fezabilitate este de natură a distorsiona concurența, întrucât S.C. ...S.A. se află în posesia unor informații pe care ceilalți participanți la procedură nu le posedă, cât și faptul că deținerea acestor informații ar crea un avantaj inițial, menit să conducă la defavorizarea celorlalți operatori economici.

În concluzie, contestatoarea subliniază că, pentru ca un operator să fie exclus din procedură în baza art. 167 alin (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016, se va avea în vedere obligația autorității contractante de a demonstra prin probe concludente faptul sau actul de natură să declanșeze efectele care denaturează concurența, autoritatea contractantă neprezentând vreo argumentare sau probe în ceea ce privește decizia de excludere, așa cum prevăd dispozițiile legale.

Contestatoarea mai face precizarea că S.C. ...S.A. s-a adresat ANRMAP în vederea clarificării aspectului privind încadrarea sau nu a

situației de față în prevederile art. 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016, ANRMAP comunicând un punct de vedere în data de 02.03.2017.

În final, contestatoarea învederează că la data la care S.C. ...S.A. a răspuns clarificărilor, contractul cu autoritatea contractantă era încheiat, în concluzie, studiul de fezabilitate constituie un document premergător notei justificative privind necesitatea investiției, iar datele din acesta sunt preluate în documentația tehnică, acestea fiind puse la dispoziția tuturor ofertanților.

În dovedirea contestației sale, contestatoarea S.C. ... S.A. a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

Prin adresa nr. 13472/... C5/12.04.2017, Consiliul a solicitat autorității contractante ... înaintarea documentelor întocmite/primite ulterior Deciziei Consiliului nr. .../ 30.01.2017, oferta depusă de contestatoare, precum și dovada publicării în SEAP a contestației în conformitate cu art. 16 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

Autoritatea contractantă ... a comunicat, prin adresa nr. 10354/19.04.2017, transmisă prin e-mail, înregistrată la Consiliu sub nr. 14538/19.04.2017 și depusă în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 14713/20.04.2017, punctul de vedere referitor la contestație, însoțit de documentele solicitate de către Consiliu prin adresa nr. 13472/... C5/12.04.2017.

În punctul său de vedere, autoritatea contractantă arată că a pus în aplicare decizia Consiliului nr. .../30.01.2017, iar potrivit Procesului verbal nr. 11/27.03.2017, comisia de evaluare a hotărât excluderea din procedură a contestatoarei în baza art. 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016, astfel că în procedură a mai rămas o singură ofertă admisibilă, respectiv cea prezentată de asocierea S.C. ... S.R.L. – S.C. ... S.R.L. – S.C. ... S.R.L., solicitându-se prezentarea documentelor justificative pentru susținerea declarațiilor din DUAE.

Astfel, autoritatea contractantă arată că a luat decizia de respingere a ofertei, în baza Deciziei CNSC nr. .../30.01.2017 dar își menține punctul de vedere, respectiv că nu au fost încălcate regulile de evitare a conflictului de interese prevăzute de Legea nr. 98/2016 privind participarea ofertantului asocierea S.C. ... S.A. – S.C. ...S.R.L. la procedură.

Autoritatea contractantă precizează că s-a adresat S.C. ...S.R.L., în calitate de elaborator al Studiului de Fezabilitate, de fiecare dată când solicitările de clarificări s-au referit la aspecte tehnice tratate în acest document, întrebările fiind transmise așa cum au fost primite de la potențialii ofertanți, fără a face referire la datele de identificare cu caracter personal ale acestora.

Prin faptul că întrebările și răspunsurile au fost transmise în SEAP și toți operatorii economici interesați au avut acces la acestea, autoritatea contractantă consideră că nu au fost încălcate prevederile Legii nr. 98/2016, nu a fost denaturată concurența și nu a fost încălcat dreptul operatorilor economici de a participa la procedură. De asemenea, se precizează că S.C. ...S.R.L. nu a fost și nu este consultantul în elaborarea documentației de atribuire, făcându-se astfel trimitere la pag. 4 din caietul de sarcini, cap. „Cerințele autorității contractante din documentația de

atribuire”, pct. 3 „Obiectul Contractului”, respectiv cap. „Liste de prețuri”, pct. „Aspecte generale”.

Astfel, autoritatea contractantă subliniază că toți ofertanții au avut la dispoziție listele de cantități întocmite la nivel de studiu de fezabilitate și au avut recomandarea de a vizita amplasamentul și de a «realiza monitorizări, măsurători, calcule, etc. care sunt necesare pentru a obține suficiente informații actuale și corecte pentru întocmirea ofertei tehnice și financiare”.

În final, autoritatea contractantă face precizarea că în situația în care contestatoarea ar fi avut „acces și la alte informații cu privire la întregul sistem de preluare a apelor meteorice/informații care nu au fost puse la dispoziția tuturor ofertanților din prezenta procedură decât ulterior publicării în SEAP a documentației de atribuire”, aceasta ar fi adăugat liste suplimentare. Niciun ofertant nu a adăugat liste suplimentare, toți ofertanții au evaluat listele puse la dispoziție în SEAP.

Față de cele de mai sus, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației.

În cadrul aceleiași proceduri de atribuire s-a depus cererea de intervenție nr. 2358/02.05.2017, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 16590/03.05.2017, în cauza ce formează obiectul Dosarului nr. .../2017, formulată de S.C. ... S.R.L., în calitate de lider al asocierii S.C. ... S.R.L. & S.C. ... S.R.L. & S.C. ...S.R.L. & S.C. ... S.R.L. și s-a solicitat respingerea contestației formulată de S.C. ... S.A., ca nefondată.

Intervenienta arată că autoarea contestației nu a format plângere împotriva deciziei nr. 211/30.01.2017, potrivit căreia s-a stabilit că asocierea contestatoare se află în conflict de interese și că trebuie aplicate prevederile art. 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016, aceasta devenind definitivă și obligatorie pentru toate părțile, fapt pentru care invocă prezumția de lucru judecat în raport de dispozițiile art. 1200 Cod civil și art. 431 alin. (2) din Codul de procedură civilă.

Pe fondul cauzei, intervenienta subliniază că societatea contestatoare trebuie exclusă din procedură, pentru aceleași motive mai sus arătate.

Prin adresele nr. 16957/... C5/04.05.2017 și nr. 16958/... C5/04.05.2017, Consiliul a înștiințat părțile că pot transmite susțineri referitoare la cererea de intervenție formulată de S.C. ... S.R.L.

Contestatoarea S.C. ... S.A. a răspuns prin adresa nr. HC. 13/294/05.05.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 17313/05.05.2017, prin care a precizat că S.C. ... S.R.L. nu justifică interesul în promovarea acestei cereri, întrucât, prin Raportul procedurii nr. 10620 din data de 21.04.2017, comisia de evaluare a hotărât excluderea din procedură a acesteia.

În ceea ce privește „prezumția de lucru judecat”, invocată de intervenientă, contestatoarea consideră că aceasta nu este întemeiată, întrucât au intervenit probe noi în cauză, respectiv răspunsurile ANAP la solicitările transmise de ...SRL, mai mult părțile având calități diferite raportat la dosarul în care s-a pronunțat decizia nr. 211/C5/30.01.2017.

În continuare, S.C. ... S.A. subliniază că deși, ...S.A. a elaborat studiul de fezabilitate din prezenta procedură și a participat apoi - în calitate de ofertant - la procedură, nu a fost implicată în elaborarea documentației de atribuire, ori la pregătirea procedurii, prin urmare nu se află nici în situația potențial generatoare de conflict de interese, potrivit art. 59 și art. 60 din Legea nr. 98/2016 și cu atât mai mult, în situația de distorsionare a concurenței.

Contestatoarea face precizarea că ofertanții au avut acces la toate detaliile tehnice și clarificările ulterioare, în aceeași măsură ca și autorul studiului de fezabilitate, prin publicarea acestora în SEAP, astfel încât consideră că măsurile stipulate în art. 140 din Legea nr. 98/2016 au fost respectate de autoritatea contractantă, nefiind în prezența situației de denaturare a concurenței.

De asemenea, contestatoarea învederează că la data la care ...SRL a răspuns clarificărilor, contractul cu autoritatea contractantă era încheiat, documentația era predată acesteia și investiția era aprobată în ședința Consiliului Local Tulcea, răspunsurile la solicitările de clarificări ale ofertanților, pe parcursul desfășurării procedurii fiind elaborate de către ...SRL în baza solicitărilor transmise punctual de către autoritatea contractantă și acestea referindu-se în totalitate numai la studiul de fezabilitate realizat.

Față de cele de mai sus, contestatoarea solicită respingerea cererii de intervenție ca inadmisibilă și admiterea contestației ca temeinică și legală.

În susținerea contestației sale ce formează obiectul Dosarului nr. 1444/2017, contestatoarea S.C. ... S.R.L. aduce la cunoștință faptul că autoritatea contractantă a înștiințat-o că oferta sa a fost exclusă din procedură, pe considerentul că „având în vedere prevederile art. 167 alin. (2), faptul că operatorul economic a întocmit un plan de reorganizare care a fost infirmat de judecătorul sindic, în baza art. 139 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 85/2014, înseamnă că planul nu respectă, din punct de vedere al legalității și viabilității prevederile art. 133 din Legea nr. 85/2014. Ca urmare, Comisia de evaluare, având în vedere decizia instanței, chiar dacă aceasta este suspendată, nu poate stabili că programul de reorganizare este fezabil".

În acest sens, contestatoarea arată că a formulat notificare prealabilă, însă autoritatea contractantă i-a comunicat prin adresa nr. 11512/02.05.2017, că nu va adopta nicio măsură de reexaminare, menținând astfel rezultatul comunicat inițial.

Astfel, S.C. ... S.R.L. consideră acest raționament nelegal pe de o parte, întrucât nu i s-au solicitat clarificări, și prin urmare, nu a fost posibilă explicarea și dovedirea situației referitoare la îndeplinirea condițiilor de calificare și, pe de altă parte, nu comisia de evaluare poate stabili dacă există sau nu un plan de reorganizare fezabil. De asemenea, contestatoarea consideră decizia comisiei de evaluare ca fiind nelegală, întrucât se interpretează în mod greșit dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. b) coroborat cu art. 167 alin.(2) din Legea nr. 98/2016.

Mai mult decât atât, contestatoarea subliniază că societatea sa se află în faza de observație și a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil care să permită continuarea activității, așa cum prevede art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Față de cele învederate, contestatoarea consideră contestația sa ca fiind întemeiată.

În final, contestatoarea solicită accesul la dosarul achiziției publice.

În dovedirea contestației sale, contestatoarea S.C. ... S.R.L. a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

În vederea soluționării contestației, Consiliul, prin adresa nr. 17190/1444 C5/05.05.2017, a solicitat contestatoarei S.C. ... S.R.L., în temeiul art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, dovada asocierii încheiată între societatea sa și S.C. ... S.R.L., S.C. ...S.R.L. și S.C. ... S.R.L., precum și acordul acestor asociați privind depunerea contestației. Referitor la solicitarea de a i se permite accesul la dosarul cauzei, Consiliul a înștiințat-o cu privire la dispozițiile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

De asemenea, prin adresa nr. 17192/1444 C5/05.05.2017, Consiliul a solicitat autorității contractante ..., transmiterea documentelor întocmite/primite ulterior Deciziei Consiliului nr. .../30.01.2017, altele decât cele transmise prin adresa nr. 10354/19.04.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 14713/20.04.2017, precum și documentele de calificare depuse de asocierea S.C. ... S.R.L. & S.C. ... S.R.L. & S.C. ...S.R.L. & S.C. ... S.R.L.

S.C. ... S.R.L. a răspuns prin adresa nr. 2466/08.05.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 17604/09.05.2017.

Prin adresa nr. 12402/09.05.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 17759/09.05.2017, autoritatea contractantă ... a comunicat punctul de vedere referitor la contestația formulată de S.C. ... S.R.L.

Autoritatea contractantă arată că prin adresa nr. 8554/29.03.2017 s-au solicitat contestatoarei documentele justificative pentru susținerea declarațiilor din DUAE, ofertantul transmițând răspunsul în data de 05.04.2017, prin depunerea de documentele suport în SEAP, printre acestea regăsindu-se și Planul de reorganizare a S.C. ...S.R.L., societate în insolvență, acestea fiind depuse cu adresa nr. 36701/11.11.2016 la Tribunalul București, înregistrat la data de 14.11.2016.

Având în vedere că ofertantul nu a făcut nicio referire la stadiul în care se află acest plan de reorganizare, autoritatea contractantă arată că membrii comisiei de evaluare au apelat la informațiile din Buletinul Procedurilor de insolvență nr. 6988/06.04.2017, dosar 29825/3/2014, potrivit cărora Tribunalul București Secția a VII-A Civilă, prin Sentința nr. 437/08.02.2017, a infirmat planul de reorganizare și a dispus deschiderea procedurii de faliment față de debitoarea S.C. ...S.R.L. Debitoarea S.C. ...S.R.L., prin administrator special, a formulat o cerere de suspendare a executării sentinței prin care s-a dispus deschiderea procedurii de faliment. Cererea de suspendare formulată a făcut obiectul dosarului nr. 1228/2/2017 aflat pe rolul Curții de Apel București și a fost admisă la data de 21.02.2017. Instanța a admis cererea de suspendare

dispunând totodată suspendarea executării sentinței nr. 437/08.02.2017 până la soluționarea cererii de suspendare formulată în cererea de apel.

În ceea ce privește acuzațiile contestatoarei referitoare la faptul că membrii comisiei de evaluare nu au solicitat clarificări pentru ca aceasta să explice și să dovedească situația referitoare la îndeplinirea condițiilor de calificare, autoritatea contractantă consideră că S.C. ... S.R.L. ar fi trebuit să o informeze despre această situație în care se afla asociatul său, respectiv să prezinte informații și/sau documente prin care să susțină că are capacitatea de a executa partea din contractul de achiziție publică, respectiv 19%, conform acordului de asociere și nu 15% cum precizează contestatoarea.

În continuare, autoritatea contractantă invocă prevederile art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și concluzionează că membrii comisiei de evaluare au avut în sarcină să stabilească faptul că ofertantul „are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru" în baza măsurilor luate de acesta „pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente".

Având în vedere prevederile art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, faptul că operatorul economic a întocmit un plan de reorganizare care a fost infirmat de judecătorul sindic, autoritatea contractantă, făcând trimitere la art. 139 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 85/2014, subliniază că toate aceste aspecte conduc la concluzia că planul nu respectă, din punct de vedere al legalității și viabilității, prevederile art. 133 din Legea nr. 85/2014, iar comisia de evaluare, având în vedere decizia instanței, chiar dacă aceasta este suspendată, nu a putut stabili că operatorul economic în cauză a luat măsuri „pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente".

Față de cele de mai sus, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată.

Din documentele depuse la dosarul cauzei și din susținerile părților, Consiliul constată următoarele:

Autoritatea contractantă ... a inițiat procedura de atribuire „simplificată" - într-o singură etapă, on line, fără fază finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică având ca obiect „Proiectare și lucrări «Îmbunătățirea capacității de preluare a apelor meteorice din ...»", cod CPV 45232130-2 (Rev. 2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. 390844/22.08.2016, stabilind data limită de depunere a ofertelor la 12.09.2016, criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut" și o valoare estimată, fără TVA, de 17.180.867,75 lei.

În cadrul procedurii de atribuire au fost depuse șapte oferte așa cum rezultă din documentul „Informare participanți procedură" publicat în SEAP în data de 29.09.2016, cu adresa nr. 26875/29.09.2016.

Premergător analizării contestației ce face obiectul prezentei cauze, respectiv contestația nr. HC13/234/10.04.2017 formulată de către S.C. ... S.A., Consiliul va analiza modul în care aceasta a respectat dispozițiile art. 6 din Legea nr. 98/2016.

Cu privire la acest aspect Consiliul constată că prin adresa nr. HC13/205/03.04.2017, S.C. ... S.A. a transmis autorității contractante o notificare prealabilă prin care solicită *„adoptarea următoarelor măsuri de remediere:*

1. Revocarea comunicării actului transmis de către Autoritatea Contractantă sub nr. 8555/29.03.2017, prin care oferta Asocierii ... S.A. – ...SRL a fost exclusă din procedura în baza art. 167 alin. (1) lit. f) din Legea 98/2016.

2. Reexaminarea ofertei depusă de Asocierea ... S.A. – ...SRL, în sensul adoptării măsurilor de remediere pe care le considerăm necesare a fi luate în baza argumentelor expuse pe larg în prezenta notificare prealabilă".

Cu adresa nr. 9133/05.04.2017 autoritatea contractantă a răspuns notificării prealabile prin care a comunicat faptul că nu va lua măsuri de remediere.

Consiliul constată că în cadrul procedurii de atribuire, au fost formulate contestații de către S.C. ...S.R.L. în calitate de lider al Asocierii S.C. ...S.R.L. – S.C. ...S.A. – S.C. ...S.A. (dosar nr. 2773/2016) și S.C. ... S.R.L. în calitate de lider al Asocierii S.C. ... S.R.L. – S.C. ... S.R.L. – S.C. ...S.R.L. – S.C. ... S.R.L. (dosar nr. 2886/2016), asupra cărora Consiliul s-a pronunțat prin Decizia nr. ...din data de 30.01.2017, astfel:

„Respinge contestația formulată de S.C. ...S.R.L. în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă.

Admite contestația formulată de S.C. ... S.R.L. anulează, în parte, raportul procedurii înregistrat sub nr. 34062/05.12.2016, precum și toate actele subsecvente acestuia, respectiv referirile la oferta Asocierii S.C. ... S.A. – S.C. ...S.R.L. precum și cele referitoare la aplicarea criteriului de atribuire și obligă autoritatea contractantă, ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei, să continue procedura de atribuire prin reevaluarea ofertei depusă de Asocierea S.C. ... S.A. – S.C. ...S.R.L., conform celor reținute în motivare.

Respinge cererea de intervenție formulată de Asocierea S.C. ... S.A. – S.C. ...S.R.L.".

Împotriva Deciziei CNSC nr. ...din data de 30.01.2017 a fost formulată plângerea de către Asocierea S.C. ...S.R.L. – S.C. ...S.A. – S.C. ...S.A., ce a făcut obiectul dosarului nr. 94/36/2017 la Curtea de Apel Constanța, aceasta fiind respinsă prin hotărârea nr. 68/2017 pronunțată în data de 22.03.2017.

Ca urmare a punerii în aplicare a deciziei Consiliului nr. ..., rămasă definitivă prin hotărârea instanței de judecată, oferta depusă de către Asocierea S.C. ... S.A. – S.C. ...S.R.L. a fost exclusă din cadrul procedurii de atribuire.

Decizia de excludere a ofertei sale a fost comunicată cu adresa nr.8555/29.03.2017 prin care autoritatea contractantă i-a adus la cunoștință Asocierii S.C. ... S.A. – S.C. ...S.R.L., următoarele:

„Prin prezenta vă comunicăm că, Comisia de evaluare a ofertelor a hotărât excluderea din procedură a ofertantului Asocierea SC ... SA

București – SC ...SRL Tulcea, în baza art. 167 alin. (1) litera f) din Legea 98/2016, respectiv:

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

f) participarea anterioară a operatorului economic la pregătirea procedurii de atribuire a condus la o distorsionare a concurenței, iar această situație nu poate fi remediată prin alte măsuri mai puțin severe;

SC ...SRL Tulcea face parte din Asocierea SC ... SA București – SC ...SRL Tulcea și a elaborat Studiul de fezabilitate care este inclus în Documentația de atribuire".

Prin contestația ce face obiectul prezentei cauze Asocierea S.C. ... S.A. – S.C. ...S.R.L. critică decizia autorității contractante privind excluderea ofertei sale din cadrul procedurii de atribuire și solicită următoarele:

„1. Anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii transmisă de către Autoritatea contractantă sub nr. 855/29.03.2017 prin care Asocierea ... S.A. – ...SRL a fost exclusă în baza art. 167 alin. (1), lit. f) și a răspunsului la notificarea prealabilă nr. 4942/31.03.2017, ca netemeinice și nelegale.

2. Anularea raportului procedurii, în ceea ce privește evaluarea ofertei ... S.A. și a tuturor actelor subsecvente acestuia.

3. Dispunerea măsurilor de remediere, în sensul obligării Autorității Contractante la reluarea procedurii și reevaluarea ofertei depusă de ... S.A., cu emiterea unui raport al procedurii de atribuire pe baza ofertei depuse, raportat la cerințele documentației și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice".

S.C. ... S.R.L. în calitatea de lider al Asocierii S.C. ... S.R.L. – S.C. ... S.R.L. – S.C. ...S.R.L. – S.C. ... S.R.L. a depus la Consiliu, la data de 03.05.2017, „Cererea de intervenție voluntară accesorie" nr. 2358/02.05.2017, înregistrată la CNSC sub nr. 16590/03.05.2017, prin care solicită respingerea contestației formulată de S.C. ... S.A. ca nefondată și *„menținerea ca temeinică și legală a deciziei de excludere din procedura a ofertei depusă de către SC ... SA & SC ...SRL".*

În raport de dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 care stipulează că *„Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire, pot formula, cu înștiințarea părților cauzei, 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 faptului că s-a formulat contestație. În cazul prevăzut la art. 6 alin. (7), termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării faptului că s-a formulat contestație"* și având în vedere faptul că la data de 20.04.2017, autoritatea contractantă a publicat în SEAP contestația formulată de S.C. ... S.A., Consiliul constată că cererea de intervenție este formulată în cadrul termenului legal la data de

02.05.2017 (termenul de 10 zile împlinindu-se într-o zi de sărbătoare legală).

Analizând „Cererea de intervenție voluntară accesorie", Consiliul apreciază că acesta prezintă natura juridică a unei cereri de intervenție principală deoarece în prezenta cauză Asocierea S.C. ... S.R.L. – S.C. ... S.R.L. – S.C. ...S.R.L. – S.C. ... S.R.L. are, atât calitatea de contestator solicitând anularea anumitor acte emise de către autoritatea contractantă în legătură cu oferta sa, cât și calitatea de intervenient solicitând respingerea contestației formulată de S.C. ... S.A. ca nefondată și *„menținerea ca temeinică și legală a deciziei de excludere din procedura a ofertei depusă de către SC ... SA & SC ...SRL".*

În acest context, se constată că intervenienta în discuție are și calitatea de contestatoare în dosarul nr. 1444/2017 solicitând anularea adresei nr. 10626/21.04.2017 de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, anularea parțială a raportului procedurii și a actelor care au stat la baza întocmirii lui și obligarea autorității contractante la reluarea procedurii și la reevaluarea ofertei sale.

Astfel, având în vedere dispozițiile art. 231 din Legea nr. 98/2016, art. 61 alin. (2), art. 62, art. 65 și art. 66 din Cod procedură civilă dar și faptul că prin cererea de intervenție Asocierea S.C. ... S.R.L. – S.C. ... S.R.L. – S.C. ...S.R.L. – S.C. ... S.R.L. a solicitat respingerea contestației formulată de S.C. ... S.A., Consiliul admite în principiu cererea de intervenție formulată de Asocierea S.C. ... S.R.L. – S.C. ... S.R.L. – S.C. ...S.R.L. – S.C. ... S.R.L., astfel cum a fost calificată.

În ceea ce privește contestația formulată de S.C. ... S.A., ce face obiectul Dosarului nr. .../2017, Consiliul constată că în susținerea criticilor contestatoarea arată că hotărârea de excludere este neîntemeiată, apreciind că autoritatea contractantă se află în eroare în ceea ce privește dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016, arătând în acest sens faptul că chiar dacă a elaborat studiul de fezabilitate din prezenta procedură de atribuire și a participat în calitate de ofertant la procedura de atribuire pentru contractul de execuție a lucrării, pentru aceeași investiție, nu a fost implicată în elaborarea documentației de atribuire, a caietului de sarcini, a fișei de date ori pregătirea procedurii așa cum greșit, în opinia sa, susține autoritatea contractantă.

Contestatoarea susține că referitor la denaturarea concurenței ca urmare a întocmirii de către operatorul economic a studiului de fezabilitate sau răspunsul la clarificările asupra aspectelor tehnice rezultate din studiul de fezabilitate, sediul materiei îl constituie art. 140 și art. 150 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În susținerea criticilor aduse deciziei de excludere a ofertei sale, contestatoarea arată că, pentru a putea exclude un operator economic din procedură în baza art. 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă avea obligația de a demonstra prin probe concludente faptul sau actul de natură să declanșeze efectele care denaturează concurența, probe pe care autoritatea contractantă nu le-a depus.

Având în vedere dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliu se va pronunța mai întâi asupra excepției puterii de lucru judecat invocată de către intervenienta S.C. ... S.R.L., excepția pe care urmează a o respinge pentru următoarele considerente:

În soluționarea excepției Consiliul va reține că potrivit dispozițiilor art. 430 din Noul Cod de Proc. Civ. *„(1) Hotărârea judecătorească ce soluţionează, în tot sau în parte, fondul procesului sau statuează asupra unei excepţii procesuale ori asupra oricărui alt incident are, de la pronunţare, autoritate de lucru judecat cu privire la chestiunea tranşată.*

(2) Autoritatea de lucru judecat priveşte dispozitivul, precum şi considerentele pe care acesta se sprijină, inclusiv cele prin care s-a rezolvat o chestiune litigioasă".

Vor fi reținute, de asemenea, și dispozițiile art. 431 alin. (1) din Noul Cod de Proc Civ. potrivit cărora *„(1) Nimeni nu poate fi chemat în judecată de două ori în aceeaşi calitate, în temeiul aceleiaşi cauze şi pentru acelaşi obiect".*

Consiliul va respinge excepția invocată întrucât tripla identitate prevăzută de art. 431 alin. (1) C. Proc. civ. (obiect, părți, cauză), nu este întrunită, deoarece decizia invocată privește alte acte atacate decât actele atacate prin contestație care formează obiectul prezentului dosar. Pe de altă parte, calitatea părților este diferită, S.C. ... S.A. având calitatea de intervenientă în cauza precedentă în timp ce în prezenta cauză are calitatea de contestatoare.

Pe fondul cauzei, din documentele depuse la dosarul cauzei rezultă că asupra Deciziei CNSC nr. .../30.01.2017, Curtea de Apel Constanța s-a pronunțat prin hotărârea nr. 68/2017 în data de 22.03.2017, motiv pentru care comisia de evaluare a întocmit procesul verbal nr. 11/27.03.2017 în vederea punerii în executare a Deciziei CNSC nr. 21/C5/2773/2886 din data de 30.01.2017, rămasă definitivă.

În conținutul procesului verbal nr. 11/27.03.2017 comisia de evaluare a hotărât, printre altele, următoarele.

„Cu unanimitate de voturi, Comisia de evaluare hotărăște:

(...)

4. Excluderea din procedură a ofertantului Asocierea SC ... SA București – SC ...SRL Tulcea, în baza art. 167 alin. (1) litera f) din Legea 98/2016, respectiv:

(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în orice dintre următoarele situații. (...)

f) participarea anterioară a operatorului economic la pregătirea procedurii de atribuire a condus la o distorsionare a concurenței, iar această situație nu poate fi remediată prin alte măsuri mai puțin severe;

SC ...SRL Tulcea face parte din Asocierea SC ... SA București – SC ...SRL Tulcea și a elaborat Studiul de fezabilitate care este inclus în Documentația de atribuire. Conform motivării din Decizia CNSC, ofertantul asociat SC ...SRL Tulcea care a întocmit Studiul de fezabilitate parte componentă a Documentației de atribuire, a avut un timp de acces mai mare la informațiile referitoare la procedura de atribuire, în timp ce ceilalți

operatori economici implicați au avut dreptul de a vizita amplasamentul numai după publicarea în SEAP a documentației de atribuire (22.08.2016). Pe de altă parte, timpul de prelucrare a datelor culese de acesta, a fost mai mare decât în cazul celorlalți ofertanți. În condițiile în care ofertantul asociat SC ...SRL Tulcea a întocmit studiul de fezabilitate inclus în documentația de atribuire, aceasta a avut acces în mod nemijlocit la obiective, realizând măsurători și verificări, adică a cules informații la care ceilalți operatori economici, doar prin vizionarea amplasamentelor și luarea la cunoștință de conținutul documentației de atribuire postată în SEAP, nu au avut acces.

Pe cale de consecință, Ofertantul Asocierea SC ... SA București – SC ...SRL Tulcea a beneficiat de un avantaj față de ceilalți participanți, participarea sa la procedura distorsionând concurența.

(...)

Ca urmare celor de mai sus și a actelor încheiate anterior rămase valide, situația participanților la procedură este următoarea:

1.Ofertantul Asocierea SC ... SA București – SC ...SRL Tulcea este exclus din procedură, în baza art. 167, alin. 1) litera f) din Legea 98/2016".

Decizia privind excluderea ofertei Asocierii SC ... SA – SC ...SRL se regăsește și în cuprinsul raportului procedurii de atribuire, unde comisia de evaluare a consemnat astfel:

„Conform celor dispuse prin Decizia CNSC nr. .../30.01.2017, prin Procesul-verbal nr. 11/27.03.2017, Comisia de evaluare a hotărât excluderea din procedură a ofertantului Asocierea SC ... SA București – SC ...SRL Tulcea, în baza art. 167 alin. (1) litera f) din Legea 98/2016.

Cu adresa nr. 8555/29.03.2017, ofertantul Asocierea SC ... SA București – SC ...SRL Tulcea a fost informat de decizia Comisiei de evaluare".

Cu adresa nr. 8555/29.03.2017 autoritatea contractantă a comunicat contestatoarei rezultatul procedurii de atribuire, respectiv faptul că:

„Prin prezenta vă comunicăm că, Comisia de evaluare a ofertelor a hotărât excluderea din procedură a ofertantului Asocierea SC ... SA București – SC ...SRL Tulcea, în baza art. 167 alin. (1) litera f) din Legea 98/2016, respectiv:

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

f) participarea anterioară a operatorului economic la pregătirea procedurii de atribuire a condus la o distorsionare a concurenței, iar această situație nu poate fi remediată prin alte măsuri mai puțin severe;

SC ...SRL Tulcea face parte din Asocierea SC ... SA București – SC ...SRL Tulcea și a elaborat Studiul de fezabilitate care este inclus în Documentația de atribuire".

Cu privire la motivul de excludere avut în vedere de către comisia de evaluare în luarea deciziei, Consiliul reține că prin Decizia nr.

.../30.01.2017 s-a pronunțat reținând în considerentele acesteia următoarele:

„Analizând criticile contestatoarei referitoare la faptul că ofertantul declarat câștigător se află situația unui conflict de interese, Consiliul constată că în Fișa de date a achiziției, la punctul III.2.1.a) - Situația personală a candidatului sau ofertantului, autoritatea contractantă a menționat obligația depunerii următoarelor documente:

«Cerința nr. 2

Evitarea conflictului de interese conform prevederilor art. 59 și art. 60 din legea nr. 98/2016

Modalitatea de îndeplinire și aplicabilitate în cadrul procedurii:

Se depune Documentul Unic de Achiziție Publică (DUAE), conform art. 193, alin. (1) din Legea nr. 98/2016».

Din verificarea documentelor de calificare depuse de Asocierea S.C. ... S.A. – S.C. ...S.R.L., Consiliul constată că cei doi asociați au depus (pag. 3250 – 3251 S.C. ...S.R.L. și pag. 2993 S.C. ... S.A.) Declarație privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 59 și art. 60 din Legea nr. 98/2016, în cuprinsul cărora se precizează că «declar pe proprie răspundere, sub sancțiunea excluderii din procedură și sub sancțiunile aplicate faptei de fals în acte publice, că nu mă aflu în situațiile prevăzute la art. 58-63, cu persoane ce dețin funcții de decizie în cadrul autorității contractate (...)», documente analizate de comisia de evaluare în data de 05.12.2016, ocazie cu care comisia de evaluare a consemnat în procesul verbal nr. 10 faptul că:

«SC ... depune Declarație privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art.59 și art. 60 din Legea nr. 98/2016

Declară că nu are cunoștință de vreun conflict de interese care decurge din participarea la procedura de achiziție publică.

SC ...SRL TULCEA depune Declarație privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 59 și art. 60 din Legea nr. 98/2016.

Declară că nu are cunoștință de vreun conflict de interese care decurge din participarea la procedura de achiziție publică», cu precizarea «Comisia de evaluare cu unanimitate de voturi hotărăște că ASOCIEREA SC ...– SC ...SRL TULCEA îndeplinește cerința».

De asemenea, Consiliul constată că a fost depus «Acord de asociere» nr. 25/658/08.09.2016 (pag.3239-3241) din conținutul căruia rezultă, potrivit art. 2.1, următoarele:

«Alte activități ce se vor realiza în comun:

- *... S.A. – execuția lucrărilor conform documentației*
- *...S.R.L – servicii de proiectare, respectiv:*

a) Elaborarea studiului topografic și geotehnic precum și elaborarea Documentației tehnice pentru obținerea avizelor, acordurilor, inclusiv a Autorizației de Construire în conformitate cu standardele și legislația în vigoare;

b) Elaborarea Documentației tehnice pentru obținerea autorizației de gospodărire a apelor;

c) Elaborarea proiectului tehnic și a detaliilor de execuție în conformitate cu Ordinul 863/2008;

d) Verificarea tehnică de calitate a proiectului de verificatori tehnici atestați în conformitate cu standardele și legislația națională în vigoare;

e) Asigurarea asistenței tehnice pe perioada execuției cât și în perioada de garanție a lucrărilor de construcție executate;

f) Elaborarea documentației conformă cu execuția».

Analizând prevederile Caietului de sarcini, Consiliul reține următoarele prevederi care au relevanță în soluționarea cauzei:

- În cadrul Secțiunii I lit. A «ACTIVITĂȚI PRELIMINARE ȘI GENERALE», punctul 1. Studii și proiectare, sunt stipulate următoarele:

«În cadrul acestei activități Antreprenorul este responsabil de realizarea următoarelor:

a) Elaborarea studiului topografic și geotehnic precum și Elaborarea Documentației tehnice pentru obținerea avizelor, acordurilor, inclusiv a Autorizației de Construire în conformitate cu standardele și legislația națională în vigoare;

b) Verificarea tehnică de calitate a proiectului de verificatori tehnici atestați în conformitate cu standardele și legislația națională în vigoare;

c) Elaborarea proiectului tehnic și a detaliilor de execuție în conformitate cu ordinul 863/02.07.2008 «Instrucțiuni de aplicare a unor prevederi din Hotărârea Guvernului nr. 28/2008 privind aprobarea conținutului-cadru al documentației tehnică-economice aferente investițiilor publice, precum și a structurii și metodologiei de elaborare a devizului general pentru obiective de investiții și lucrări de intervenții» și va fi verificat pentru cerințele de calitate de specialiști atestați de Ministerul Dezvoltării, Lucrărilor Publice și Locuințelor;

d) Asigurarea asistenței tehnice pe perioada de execuție cât și în perioada de garanție a lucrărilor de construcție de către proiectantul de specialitate».

De asemenea, prin caietul de sarcini, punctul 4 «Cerințe pentru studii și proiectare», au fost aduse la cunoștința operatorilor economici următoarele informații «Conținutul-cadru al proiectului tehnic este următorul:

A. Părți scrise (...)», în conținutul cărora se regăsesc: 1. Date generale; 2. Descrierea generală a lucrărilor; 3. Caietele de sarcini și 4. Listele cu cantitățile de lucrări, cu privire la care se prevede astfel: «Acest capitol va cuprinde toate elementele necesare cuantificării valorice a lucrărilor și conține:

a) centralizatorul cheltuielilor, pe obiectiv (formular F1);

b) centralizatorul cheltuielilor pe categorii de lucrări, pe obiecte (formularul F2);

c) listele cu cantitățile de lucrări pe categorii de lucrări (formularul F 3);

d) listele cu cantitățile de utilaje și echipamente tehnologice, inclusiv dotări (formularul F4);

e) fișele tehnice ale utilajelor și echipamentelor tehnologice (formularul F5);

f) listele cu cantitățile de lucrări pentru construcții provizorii OS (organizare de șantier) (Se poate utiliza formularul F3).

NOTĂ:

Listele vor fi cuantificate valoric și valoarea acestora trebuie să corespundă cu valorile declarate în oferta adjudecată. Obligatoriu se va păstra denumirea obiectelor și a devizelor pe categorii de lucrări, conform devizelor pe obiect puse la dispoziția ofertanților.

Obligatoriu se vor prezenta ANTEMĂSURĂTORILE aferente listelor de cantități de lucrări».

La același punct 4 din caietul de sarcini se regăsește și litera „B. Părți desenate" unde se menționează că «Sunt documentele principale ale proiectului tehnic pe baza cărora se elaborează părțile scrise ale acestuia, cuprinzând toate informațiile necesare elaborării caietelor de sarcini și care, de regulă, se compun din:

1. Planșe generale:

Sunt planșe informative de ansamblu și cuprind:

- *Planșa de încadrare în zonă;*
- *Planșa de amplasare a reperelor de nivelment și planimetrice;*
- *Planșele topografice principale;*
- *Planșele de amplasare a forajelor și profilurilor geotehnice, (...)*
- *Planșele principale de amplasare a obiectelor, cu înscrierea cotelor de nivel, (...);*
- *Planșele principale privind sistematizarea pe verticală a terenului, (...);*
- *Planșele principale privind construcțiile subterane, (...)*
- *Planșele de amplasare a reperelor fixe și mobile de trasare».*

Consiliul constată că unele documente ce urmează a fi întocmite de către ofertantul declarat câștigător au fost deja elaborate de către S.C. ...S.R.L. prin Studiul de fezabilitate întocmit.

Astfel, în acest sens, Consiliul reține că Studiul de fezabilitate «Proiect nr. 21/2013» elaborat de către S.C. ...S.R.L. cuprinde atât partea scrisă cât și partea desenată.

Studiul de fezabilitate conține, pentru partea scrisă, următoarele elemente:

- *Memoriu – studiu de fezabilitate;*
- *Breviar de calcul;*
- *Deviz obiectului – D.O.01 – Zona sens giratoriu Gară;*
- *Deviz obiectului – D.O.02 – Strada Babadag;*
- *Deviz obiectului – D.O.03 – Strada Victoriei;*
- *Deviz obiectului – D.O.04 – Strada Unirii;*
- *Deviz obiectului – D.O.05 – Parcul Carol;*
- *Deviz obiectului – D.O.06 – Strada Păcii;*
- *Deviz obiectului – D.O.07 – Strada Nicolae Bălcescu;*
- *Deviz obiectului – D.O.08 – Stația de pompare SP 4 – str. Gării;*
- *Formular F1 – Centralizatorul cheltuielilor pe obiectiv;*
- *Formular F2 – Zona sens giratoriu Gară;*
- *Deviz obiectului – D.O.01 – Zona sens giratoriu Gară;*
- *Formular F2 – Strada Babadag;*
- *Deviz obiectului – D.O.02 – Strada Babadag;*
- *Formularul F3 – Lista cu cantități de lucrări – Strada Babadag;*
- *Formular F2 – Strada Victoriei;*
- *Deviz obiectului – D.O.03 – Strada Victoriei;*
- *Formularul F3 – Lista cu cantități de lucrări – strada Victoriei;*
- *Formular F2 – Strada Unirii;*
- *Deviz obiectului – D.O.04 – Strada Unirii;*
- *Formularul F3 – Lista cu cantități de lucrări – Strada Unirii;*
- *Formular F2 – Parcul Carol;*
- *Deviz obiectului – D.O.05 Parcul Carol;*
- *Formularul F3 – Lista cu cantități de lucrări – Parcul Carol;*
- *Formular F2 – Strada Păcii;*
- *Deviz obiectului – D.O.06 – Strada Păcii;*
- *Formularul F3 – Lista cu cantități de lucrări – Strada Păcii;*
- *Formular F2 – Strada Nicolae Bălcescu;*
- *Deviz obiectului – D.O.07 – Strada Nicolae Bălcescu;*
- *Formularul F3 – Lista cu cantitățile de lucrări – Strada N Bălcescu;*
- *Formular F2 – Stația XCE Pompare SP 4 Str. Gării;*
- *Deviz obiectului – D.O.08 – Stația de pompare SP 4 Str. Gării;*
- *Formularul F3 – Lista cu cantități de lucrări - stația de pompare SP 4;*
- *Formularul F4 – Lista cu cantitățile de echipamente, inclusiv dotările;*

- Fișa tehnică H1 – Stație de pompare apă brută SPAB".

iar partea desenată conține

- H1 – Plan de încadrare în zonă;
- H2 – Plan de situație – Zona sens giratoriu Poliție;
- H3.1 – Plan de situație – Strada Babadag;
- H3.2 – Plan de situație – Strada Babadag-Păcii;
- H4 – Plan de situație – Strada Victoriei;
- H5 – Plan de situație – Strada Unirii;
- H6 – Plan de situație – Parcul Carol;
- H7.1 – Plan de situație – Strada Păcii;
- H7.2 – Plan de situație – Strada Păcii;
- H7.3 – Plan de situație – Strada Păcii;
- H7.4 – Plan de situație – Strada Păcii;
- H8.1 – Plan de situație - Strada Nicolae Bălcescu;
- H8.2 – Plan de situație – Strada Nicolae Bălcescu;
- H9 – Plan de situație – Stație de pompare SP 4 Gării;
- PL1 – Profil longitudinal conducte Parc Carol;
- PT1 – Profil transversal tip conducte Parc Carol.

Toate aceste documente sunt întocmite de ofertantul asociat S.C. ...S.R.L. în anul 2013, beneficiar ..., prin Studiul de fezabilitate, document, parte a documentației de atribuire în cadrul prezentei proceduri de atribuire care are ca obiect „Proiectare și execuție lucrări «Îmbunătățirea capacității de preluare a apelor meteorice din ...»".

Din verificarea răspunsurilor formulate de către autoritatea contractantă la cererile de clarificări înaintate de operatorii economici interesați, publicate în SEAP, Consiliul reține că, autoritatea contractantă, înainte de publicarea unor răspunsuri la solicitările de clarificări primite din partea unor operatori economici a solicitat S.C. ...S.R.L., elaboratorul Studiului de fezabilitate, că elaboreze răspunsurile la aceste solicitări de clarificări, răspunsuri care ulterior au fost postate în SEAP.

Astfel, Consiliul reține în analiza criticilor aduse de către contestatoare următoarea situație de fapt:

1. Operatorul economic S.C. ... S.A. (devenit ulterior ofertant în asociere cu S.C. ...S.R.L.), a formulat solicitarea de clarificări nr. 22/55/26.08.2016.

Cu adresa nr. 23569/29.08.2016, autoritatea contractantă transmite către S.C. ...S.R.L. (elaboratorul Studiului de fezabilitate) solicitarea de clarificări a S.C. ... S.A. pentru un punct de vedere „pentru a comunica răspunsul la clarificare în SEAP".

Cu adresa nr. 757/29.08.2016, S.C. ...S.R.L. a răspuns solicitărilor de clarificări, conform cererii autorității contractante.

Ca urmare a răspunsului primit de la S.C. ...S.R.L. autoritatea contractantă a publicat în SEAP, la data de 30.08.2016 («Răspuns solicitare de clarif. nr. 4»), adresa nr. 23.737/30.08.2016.

2. Cu adresa nr. 23997/01.09.2016, autoritatea contractantă a solicitat S.C. ...S.R.L. punct de vedere cu privire la solicitările de clarificări primite de la un operator economic «pentru a comunica răspunsul la clarificare în SEAP».

S.C. ...S.R.L. a răspuns solicitării autorității contractante cu adresa nr. 807/06.09.2016.

Răspunsul primit din partea S.C. ...S.R.L. a fost postat de către autoritatea contractantă în SEAP, la data de 06.09.2016 («Clarificări 34-37/06.09»), prin adresa nr. 24.535/06.09.2016.

3. Cu adresa nr. 758/29.08.2016 S.C. ...S.R.L. a răspuns solicitării autorității contractante din adresa nr. 23364/25.08.2016, răspuns ce a fost publicat în SEAP, la data de 30.08.2016 («Răspuns solicitare de clarif. nr. 4»), cu adresa 23737/30.08.2016.

4. Ca urmare a unor solicitări de clarificări din partea unui operator economic, autoritatea contractantă a solicitat S.C. ...S.R.L. cu adresa nr. 24523/06.09.2016, punct de vedere din partea acesteia «pentru a comunica răspunsul la clarificare în SEAP».

Cu adresa nr. 25002/12.09.2016 autoritatea contractantă a publicat în SEAP, la data de 12.09.2016 («Răspuns clarif. nr. 54-62»), răspunsul primit de la S.C. ...S.R.L. în baza răspunsului primit de la aceasta cu adresa nr. 813/06.09.2016.

5. Adresa nr. 25.507/16.09.2016, postată în SEAP, la data de 16.09.2016 («Răspuns clarif. 63-66»), de către autoritatea contractantă cuprinde răspunsuri formulate de către S.C. ...S.R.L. și transmise autorității contractante cu adresa nr. 828/12.209.2016;

6. La întrebarea nr. 69 din adresa nr. 25824/20.09.2016, postată în SEAP, la data de 20.09.2016 («Clarificări nr. 69-70»), de către autoritatea contractantă, răspunsul este dat de către S.C. ...S.R.L. prin adresa nr. 862/20.09.2016;

7. Prin adresa nr. 24 469/06.09.2016, postată de către autoritatea contractantă în SEAP, la data de 06.09.2016 («Clarificări nr. 15-21»), S.C. ...S.R.L. este emitentul răspunsurilor pentru trei puncte din clarificare.

Din conținutul documentelor menționate anterior, rezultă că într-adevăr S.C. ...S.R.L. s-a comportat ca un veritabil consultant pentru autoritatea contractantă, în stabilirea răspunsurilor la solicitările de clarificări în prezenta procedură de atribuire.

Astfel, Consiliul apreciază că prin întocmirea de către ofertantul asociat S.C. ...S.R.L., în anul 2013, a Studiului de fezabilitate inclus în documentația de atribuire, în condițiile în care o parte din obiectul contractului ce urmează a fi atribuit îl constituie „Proiectare și execuție pentru «Îmbunătățirea capacității de preluare a apelor meteorice din ...»", s-au creat premise cu privire la faptul că implicarea ofertantului asociat S.C. ...S.R.L. în elaborarea documentației de atribuire este de natură să distorsioneze concurența deoarece acest ofertant asociat a avut un timp de acces mai mare la informațiile referitoare la procedura de atribuire, în timp ce ceilalți operatorii economici implicați au avut dreptul de a vizita amplasamentul numai după publicarea în SEAP a documentației de atribuire (22.08.2016). Pe de altă parte, timpul de prelucrare a datelor culese nemijlocit chiar de către acesta, a fost mai mare decât în cazul celorlalți ofertanți.

De asemenea, așa cum rezultă din Studiului de fezabilitate, acest ofertant asociat a avut acces și la alte informații cu privire la întregul sistem de preluare a apelor meteorice, informații care nu au fost puse la dispoziția tuturor ofertanților din prezenta procedură decât ulterior publicării în SEAP a documentației de atribuire. Nivelul de informații culese în mod nemijlocit de ofertantul asociat mai sus menționat nu se poate compensa cu posibilitatea pe care au avut-o ceilalți ofertanți doar prin vizitarea amplasamentul și informațiile postate în SEAP.

În mod evident acest ofertant asociat, și pe cale de consecință asociația din care face parte, a beneficiat de un plus de informații și timp, ceea ce face ca în speță Asocierea formată din S.C. ... S.A. – S.C. ...S.R.L. să fi beneficiat de un tratament privilegiat, cu încălcarea principiului tratamentului egal și al transparenței stipulate de art. 2 alin. (2) lit. b) și d) din Legea nr. 101/2016,

conform cărora toți ofertanții trebuie să beneficieze de aceleași informații, în mod complet și explicit, în baza unor reguli, cerințe și criterii identice pentru toți operatorii economici interesați. Cu alte cuvinte, în condițiile în care ofertantul asociat S.C. ...S.R.L. a întocmit Studiul de fezabilitate inclus în documentația de atribuire, aceasta a avut acces în mod nemijlocit la obiective, realizând măsurători și verificări, adică a cules informații la care ceilalți operatori economici, doar prin vizionarea amplasamentelor și luarea la cunoștință de conținutul documentației de atribuire postată în SEAP, nu au avut acces.

Având în vedere cele mai sus menționate, Consiliul apreciază că ofertantul desemnat câștigător a beneficiat de un avantaj în raport cu ceilalți participanți, participarea sa la procedură distorsionând concurența. Din analiza pe fond a cauzei au rezultat elemente concrete din care rezultă că ofertantul desemnat câștigător a deținut un plus de informații obținut anterior publicării în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. 390844/22.08.2016.

În soluționarea criticilor aduse cu privire la conflictul de interese în care se află ofertantul Asocierea S.C. ... S.A. – S.C. ...S.R.L. va reține ca relevante prevederile art. 59 și 60 din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora:

«Art. 59. - În sensul prezentei legi, prin conflict de interese se înţelege orice situaţie în care membrii personalului autorităţii contractante sau ai unui furnizor de servicii de achiziţie care acţionează în numele autorităţii contractante, care sunt implicaţi în desfăşurarea procedurii de atribuire sau care pot influenţa rezultatul acesteia au, în mod direct sau indirect, un interes financiar, economic sau un alt interes personal, care ar putea fi perceput ca element care compromite imparţialitatea ori independenţa lor în contextul procedurii de atribuire.

*Art. 60. - (1) Reprezintă situaţii potenţial generatoare de conflict de interese orice situaţii care ar putea duce la apariţia unui conflict de interese în sensul art. 59, cum ar fi următoarele, reglementate **cu titlu exemplificativ**:*

a) participarea în procesul de verificare/evaluare a solicitărilor de participare/ofertelor a persoanelor care deţin părţi sociale, părţi de interes, acţiuni din capitalul subscris al unuia dintre ofertanţi/candidaţi, terţi susţinători sau subcontractanţi propuşi ori a persoanelor care fac parte din consiliul de administraţie/organul de conducere sau de supervizare a unuia dintre ofertanţi/candidaţi, terţi susţinători ori subcontractanţi propuşi;

b) participarea în procesul de verificare/evaluare a solicitărilor de participare/ofertelor a unei persoane care este soţ/soţie, rudă sau afin, până la gradul al doilea inclusiv, cu persoane care fac parte din consiliul de administraţie/organul de conducere sau de supervizare a unuia dintre ofertanţi/candidaţi, terţi susţinători ori subcontractanţi propuşi;

c) participarea în procesul de verificare/evaluare a solicitărilor de participare/ofertelor a unei persoane despre care se constată sau cu privire la care există indicii rezonabile/informaţii concrete că poate avea, direct ori indirect, un interes personal, financiar, economic sau de altă natură, ori se află într-o altă situaţie de natură să îi afecteze independenţa şi imparţialitatea pe parcursul procesului de evaluare;

d) situaţia în care ofertantul individual/ofertantul asociat/candidatul/subcontractantul propus/terţul susţinător are drept membri în cadrul consiliului de administraţie/organului de conducere sau de supervizare şi/sau are acţionari ori asociaţi semnificativi persoane care sunt soţ/soţie, rudă sau afin până la gradul al doilea inclusiv ori care se află în relaţii comerciale cu persoane cu funcţii de decizie în cadrul autorităţii contractante sau al furnizorului de servicii de achiziţie implicat în procedura de atribuire;

e) situaţia în care ofertantul/candidatul a nominalizat printre principalele persoane desemnate pentru executarea contractului persoane care sunt soţ/soţie, rudă sau afin până la gradul al doilea inclusiv ori care se află în relaţii comerciale cu persoane cu funcţii de decizie în cadrul autorităţii contractante sau al furnizorului de servicii de achiziţie implicat în procedura de atribuire».

Astfel prevederile art. 60 din Legea nr. 98/2016, sunt stabilite de către legiuitor, <u>însă cu titlu exemplificativ</u>, situațiile în care ofertanții se pot regăsi în situația unui conflict de interese trebuie analizate sub toate aspectele apărute în derularea procedurii de atribuire, și modul în care acestea conduc la situația unui conflict de interese.

Față de situația prezentată anterior, Consiliul constată că devin aplicabile prevederile art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora:

«Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordul-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: (...)

f) participarea anterioară a operatorului economic la pregătirea procedurii de atribuire a condus la o distorsionare a concurenței, iar această situație nu poate fi remediată prin alte măsuri mai puțin severe;».

Consiliul apreciază că prin întocmirea Studiului de Fezabilitate, parte a documentației de atribuire, și prin implicarea sa în formularea unor răspunsuri la clarificări solicitate de potențiali ofertanți S.C. ...S.R.L. se află în ipoteza menționată de art. 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016, participând la pregătirea procedurii de atribuire.

Consiliul reține că S.C. ...S.R.L. face parte din Asocierea S.C. ... S.A. – S.C. ...S.R.L., ofertant care ulterior a fost declarat câștigător al procedurii de atribuire, or, în situația în care asociatul S.C. ...S.R.L. va realiza partea de proiectare în cadrul procedurii de atribuire, prin acceptarea acestuia ca ofertant în prezenta procedură de atribuire este distorsionată concurența, situație care nu poate fi remediată de către autoritatea contractantă decât prin excluderea din procedura de atribuire a ofertantului care a participat la pregătirea unei părți semnificative a documentației de atribuire, și mai mult decât atât și-a asumat și rolul unui consultant în stabilirea răspunsurilor la solicitările de clarificări formulate de către operatori economici, inclusiv a S.C. ... S.A. societate cu care ulterior s-a asociat în vedere depunerii unei oferte.

În aceste condiții, Consiliul va reține ca fiind fondate criticile aduse ofertei declarate câștigătoare sub aspectul existenței conflictului de interese".

Consiliul constată că aspectele de mai sus din considerentele Deciziei CNSC nr. .../30.01.2017 au rămas definitive, întrucât Curtea de Apel Constanța, prin hotărârea nr. 68/2017 pronunțată în data de 22.03.2017 în dosarul nr. 94/36/2017, a respins plângerea formulată de Asocierea S.C. ... S.R.L. – S.C. ...S.A. – S.C. ...S.A. împotriva deciziei CNSC.

În acest context, Consiliul reține că autoritatea contractantă și intervenienta nu au atacat cu plângere decizia CNSC nr. .../30.01.2017 deși în cuprinsul punctului de vedere depus la dosarul cauzei autoritatea contractantă arată că *„(...), a luat decizia de respingere a ofertei, în baza Deciziei CNSC nr. .../30.01.2017 dar își menține punctul de vedere, respectiv că nu au fost încălcate regulile de evitare a conflictului de interese prevăzute de Legea 98/2016 privind participarea ofertantului Asocierea SC ... SA București – SC ...SRL Tulcea la procedura de achiziție*

publică", iar după comunicarea rezultatului procedurii de atribuire S.C. ... S.A. a înțeles să formuleze prezenta contestație.

Astfel, se constată că prin considerentele deciziei anterioare, Consiliul s-a pronunțat cu privire la oferta Asocierii S.C. ... S.A. – S.C. ...S.R.L., context în care situația ofertei depusă de această asociere a fost tranșată, definitiv, prin considerentele deciziei CNSC nr. .../30.01.2017.

Decizia a dobândind caracter definitiv, autoritatea contractantă având obligația de a o aplica întocmai. Considerentele Deciziei CNSC se bucură de autoritate de lucru judecat conform dispozițiilor art. 430 alin. (2) din Noul Cod de Procedură Civilă cu privire la situația dedusă judecății.

În acest context, susținerile contestatoarei referitoare la faptul că prevederile art. 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016 poate interveni *„numai în măsura în care autoritatea contractantă poate demonstra fără echivoc că participarea anterioară a societății la elaborarea studiului de fezabilitate pentru investiția respectivă este de natură a distorsiona concurența",* nu vor fi reținute în soluționare, în condițiile în care considerentele deciziei se bucură de autoritate de lucru judecat, iar autoritatea contractantă nu a făcut altceva decât să pună în aplicare Decizia CNSC nr. .../30.01.2017.

Astfel, luând în considerare aspectele de fapt și de drept mai sus menționate, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ... SA în calitate de lider al Asocierii SC ... SA – SC ...SRL, în contradictoriu cu ... în calitate de autoritate contractantă.

Față de soluția pronunțată cu privire la contestația formulată de S.C. ... S.A., Consiliul va admite cererea de intervenție formulată de S.C. ... S.R.L.

<u>În ceea ce privește contestația formulată de S.C. ... S.R.L. în calitate de lider al Asocierii S.C. ... S.R.L. – S.C. ... S.R.L. – S.C. ...S.R.L. – S.C. ... S.R.L., care face obiectul Dosarului nr. 1444/2017,</u> Consiliul constată următoarele:

Analizând conținutul contestației rezultă că aceasta este îndreptată împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. 10626/21.04.2017, rezultat potrivit căruia oferta depusă de către Asocierea S.C. ... S.R.L. – S.C. ... S.R.L. – S.C. ...S.R.L. – S.C. ... S.R.L. a fost exclusă din cadrul procedurii de atribuire pentru următoarele motive:

„Prin prezenta vă facem cunoscut că în urma evaluării ofertelor depuse în cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică Proiectare și lucrări «ÎMBUNĂTĂȚIREA CAPACITĂȚII DE PRELUARE A APELOR METEORICE DIN ...» s-a hotărât excluderea Dumneavoastră din procedură întrucât operatorul economic SC ...SRL București, societate în insolvență, în calitate de asociat, nu îndeplinește condițiile de calificare. Excluderea ofertantului s-a făcut în baza art. 167 alin. (1) litera b) coroborat cu prevederile art. 167 alin. (2), operatorul economic SC ...SRL București, societate în insolvență în calitate de asociat nu face dovada că are un plan de reorganizare fezabil care să permită continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente.

Programul de reorganizare a fost depus cu adresa nr. 36701/11.11.2016 la Tribunalul București secția VII-a civilă, înregistrat la data de 14.11.2016.

Conform informațiilor din Buletinul Procedurilor de insolvență nr. 6988/11.11/2017, dosar 29825/3/2014, Instanța Tribunalul București Secția a VII-A Civilă prin Sentința nr. 437/08.02.2017 a infirmat planul de reorganizare și a dispus deschiderea procedurii de faliment față de debitoarea ...SRL.

Debitoarea ...SRL, prin administrator special a formulat o cerere de suspendare a executării sentinței prin care s-a dispus deschiderea procedurii de faliment. Cererea de suspendare formulată a făcut obiectul dosarului nr. 1228/2/2017 aflat pe rolul Curții de Apel BUCUREȘTI și a fost admisă la data de 21.02.2017. Instanța a admis cererea de suspendare dispunând totodată suspendarea executării sentinței nr. 437/08.02.2017 până la soluționarea cererii de suspendare formulată în cererea de apel.

Conform art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2916

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

b) se află în procedura insolvenței sau în lichidare, în supraveghere judiciară sau în încetarea activității: (...)

Conform art. 167 alin. 2 din Legea nr. 98/2016

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

Având în vedere prevederile art. 167 alin. (2), faptul că operatorul economic a întocmit un plan de reorganizare care a fost infirmat de judecătorul sindic, în baza art. 139 alin. (1) lit f) din Legea nr. 85/2014, însemnă ca planul nu respectă, din punct de vedere al legalității și viabilității, prevederile art. 133 din Legea nr. 85/2014.

Ca urmare, Comisia de evaluare având în vedere decizia instanței, chiar dacă aceasta este suspendată, nu poate stabili ca programul de reorganizare este fezabil.

Vă informăm că urmare reevaluării ofertelor admisibile, procedura de achiziție a fost anulată".

Împotriva rezultatului procedurii de atribuire S.C. ... S.R.L. a formulat prezenta contestație invocând faptul că:

- nu i-au fost solicitate clarificări astfel încât să aibă posibilitatea de a explica și dovedi situația, pe de o parte, iar pe de altă parte, comisia de

evaluare nu poate stabili dacă există sau nu un plan de reorganizare fezabil;

- s-a făcut o interpretarea greșită de către autoritatea contractantă a dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. b) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016;

- societatea sa se află în faza de observație și a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil care să permită continuarea activității, aflându-se astfel în prima ipoteză a textului art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016;

- faptul că există un plan de reorganizare care în acest moment nu a fost respins definitiv de instanța de judecată nu dă posibilitatea de a exclude din procedura oferta societății sale, întrucât nu există nicio prevedere legală care să fie aplicată în acest sens;

- autoritatea contractantă a creat o situație falsă pentru a anula procedura de atribuire;

- comisia de evaluare nu are nici dreptul nici obligația de a stabili dacă există un program de reorganizare fezabil, o astfel de sarcină îi revine, în mod exclusiv, instanței de judecată care urmează să se pronunțe în mod definitiv în Dosarul nr. 29825/3/2014 aflat pe rolul Tribunalului București.

Analizând documentele existente la dosarul cauzei, Consiliul constată ca în data de 27.03.2017, comisia de evaluare a reevaluat ofertele conform deciziei Consiliului, rămasă definitivă, ca urmare a deciziei Curții de Apel Constanța, ocazie cu care a consemnat cu privire la oferta depusă de Asocierea S.C. ... S.R.L. & S.C. ... S.R.L. & S.C. ...S.R.L. & S.C. ... S.R.L. faptul că:

„3. Oferta prezentată de ASOCIEREA SC ... SRL BUCUREȘTI – SC ... SRL ITALIA – SC ..., este admisibilă, valoare ofertă 16.504.559,79 LEI.

Comisia de evaluare hotărăște să solicite ofertantul ASOCIEREA SC ... SRL BUCUREȘTI – SC ... SRL ITALIA – SC ..., Documentele justificative pentru susținerea declarațiilor din DUAE”.

Cu adresa nr. 8554/29.03.2017 autoritatea contractantă a solicitat contestatoarei documentele de calificare, solicitare la care aceasta din urmă a răspuns cu adresa nr. 1892/05.04.2017.

Documentele de calificare transmise de către contestatoare au fost analizate de către comisia de evaluare conform procesului verbal nr. 12/19.04.2017, ocazie cu care s-au consemnat următoarele:

„Având în vedere cele de mai sus, Comisia de evaluare, cu unanimitate de voturi hotărăște excluderea din procedura a Asocierii SC ... SRL București – SC ... SRL Italia – SC ...SRL București – SC ... SRL București întrucât operatorul economic SC ...SRL București, societate în insolvență, în calitate de asociat, nu îndeplinește condițiile de calificare. Excluderea ofertantului se face în baza art. 167 alin. (1) litera b) coroborat cu prevederile art. 167 alin. (2), operatorul economic SC ...SRL București, societate în insolvență în calitate de asociat nu face dovada că are un plan de reorganizare fezabil care să permită continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente”, aceiași concluzie regăsindu-se și în raportul procedurii de atribuire nr. 10620/21.04.2017.

În luarea deciziei de excludere a ofertantului comisia de evaluare a reținut ca motive următoarele:

„Având în vedere prevederile art. 167 alin. (2), faptul că operatorul economic a întocmit un plan de reorganizare care a fost infirmat de judecătorul sindic, în baza art. 139 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 85/2014, înseamnă că planul nu respectă, din punct de vedere al legalității și viabilității, prevederile art. 133 din Legea nr. 85/2014. Ca urmare, Comisia de evaluare având în vedere decizia instanței, chiar dacă aceasta este suspendată, nu poate stabili că programul de reorganizare este fezabil. Având în vedere cele de mai sus, Comisia de evaluare, cu unanimitate de voturi hotărăște excluderea din procedura a operatorului economic SC ...SRL București în baza art. 167 alin. (1) litera b) coroborat cu prevederile art. 167 alin. (2) operatorul economic nu face dovada ca are un plan de reorganizare fezabil care să permită continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente”.

Consiliul va reține în soluționare că potrivit art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, *„Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situaţii:*

(…)

b) se află în procedura insolvenţei sau în lichidare, în supraveghere judiciară sau în încetarea activităţii”, însă, va reține, de asemenea, și dispozițiile art. 167 alin. (2) din același act normativ, potrivit cărora *„(2) Prin excepţie de la dispoziţiile alin. (1) lit. b), autoritatea contractantă nu exclude din procedura de atribuire un operator economic împotriva căruia s-a deschis procedura generală de insolvenţă atunci când, pe baza informaţiilor şi/sau documentelor prezentate de operatorul economic în cauză, stabileşte că acesta are capacitatea de a executa contractul de achiziţie publică/acordul-cadru. Aceasta presupune că respectivul operator economic se află fie în faza de observaţie şi a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activităţii curente, fie este în cadrul fazei de reorganizare judiciară şi respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanţă”.*

Prin urmare, având în vedere cele constatate anterior, Consiliul va reține ca fiind fondate criticile contestatoarei referitoare la decizia autorității contractante cu privire la excluderea din procedura de atribuire a ofertei sale, pentru motivele expuse în continuare.

Din documentele depuse la dosarul cauzei rezultă că în dosarul nr. 29825/3/2014 aflat pe rolul Tribunalului București, instanța s-a pronunțat prin Sentința civilă nr. 437/08.02.2017, astfel:

„În baza art. 139 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 85/20014 infirmă planul de reorganizare al societății debitoare. În temeiul art. 145 alin. 1 lit. B din Legea nr. 85/2014 privind procedura insolvenței, dispune intrarea în faliment prin procedura generală a debitorului. În temeiul art. 145 alin. 2 lit. a) din Legea nr. 85/2014 privind procedura insolvenței ridică dreptul de administrare a debitorului și dispune dizolvarea societății debitoare. Dispune sigilarea bunurilor din averea debitoarei, în sarcina lichidatorului.

Stabilește termen de maxim 10 zile de la data notificării deschiderii procedurii falimentului de predare a gestiunii averii de la debitor către lichidator, împreună cu lista actelor și operațiunilor efectuate până la deschiderea procedurii. (...)

Cu apel în 7 zile de la comunicare. ***Pronunțată în ședință publică, azi, 08.02.2017"****.*

Însă, la dosarul Consiliului a fost depus de către autoritatea contractantă și documentul descărcat de pe portalul instanțelor din care rezultă că pe rolul Curții de Apel București a fost înregistrat dosarul cu nr. 1228/2/2017 care a avut ca obiect *„suspendarea provizorie a executării fără citarea părților",* instanța pronunțându-se astfel: *„Admite cererea formulată de administratorul special Stuparu Norocel-Cezar pentru societatea debitoare ...S.R.L. Încuviințează suspendarea provizorie a executării Sentinței civile nr. 437/08.02.2017 pronunțate de Tribunalul București Secția a VII-a Civilă în dosarul nr. 29825/3/2014, până la soluționarea cererii de suspendare formulate prin cererea de apel. Definitivă. Pronunțată în ședință publică, astăzi 21.02.2017".*

Or, în condițiile în care sentința civilă nr. 437/08.02.2017 nu mai producea efecte juridice la momentul luării deciziei cu privire la oferta contestatoarei, Consiliul constată că se impunea ca autoritatea contractantă, înainte de a lua decizia de excludere a acestei oferte, să-i solicite ofertantului clarificări conform dispozițiilor art. 209 alin. (1) coroborate cu cele ale art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 în vederea stabilirii, în mod cert, a capacității/incapacității ofertantului Asocierea S.C. ... S.R.L. - S.C. ... S.R.L. - S.C. ...S.R.L. - S.C. ... S.R.L. de a executa partea din contract aferentă acestuia.

Un astfel de demers era necesar și obligatoriu, conform dispozițiilor legale, cu atât mai mult cu cât în conținutul DUAE prezentat de S.C. ...S.R.L., la cap. C „Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale" sunt consemnate următoarele informații:

„Insolvență>

Operatorul economic este în situația de insolvență sau de lichidare? Nu este necesar să se furnizeze aceste informații în cazul în care excluderea operatorilor economici în acest caz a devenit obligatorie în temeiul legislației naționale aplicabile, fără nicio posibilitate de derogare atunci când operatorul economic este, totuși, în măsură să execute contractul.

Răspunsul dumneavoastră? Da Nu

Vă rugăm să le descrieți

SC ...SRL se află în stare de insolvență în faza de urmărire. Dreptul de administrare este al societății prin Administrator Special Stuparu Cezar. Supravegherea se realizează prin Administrator Judiciar Casa de Insolvență Transilvania.

Precizați motivele pentru care veți putea fi, totuși, în măsură să executați contractul.

SC ...SRL are contracte în derulare și urmează să intre în faza de reorganizare prin depunerea unui Plan de reorganizare".

Prin urmare, autoritatea contractantă avea obligația de a solicita ofertantului documente din care să rezulte măsura în care poate executa contractul având în vedere afirmațiile din DUAE, respectiv *„are contracte în derulare și urmează să intre în faza de reorganizare prin depunerea unui Plan de reorganizare”,* cu atât mai mult cu cât partea din contract pe care S.C. ...S.R.L. urmează a o executa reprezintă un procent de doar 19%, conform Acordului de asociere nr. 1816 din 16.09.2016.

În aceste condiții, Consiliul constată ca fiind întemeiată contestația formulată de S.C. ... S.R.L., în calitate de lider al asocierii S.C. ... S.R.L. - S.C. ... S.R.L. - S.C. ...S.R.L. - S.C. ... S.R.L., astfel că, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, va admite contestația, va anula, în parte, raportul procedurii de atribuire nr. 10620/21.04.2017, precum și actele subsecvente acestuia, respectiv referirile la oferta Asocierii S.C. ... S.R.L. - S.C. ... S.R.L. - S.C. ...S.R.L. - S.C. ... S.R.L. și la decizia de anulare a procedurii de atribuire (Cap. III „Concluzii și semnături”).

Va obliga autoritatea contractantă, ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei, să continue procedura de atribuire prin reevaluarea ofertei depuse de asocierea S.C. ... S.R.L. - S.C. ... S.R.L. - S.C. ...S.R.L. - S.C. ... S.R.L., conform celor reținute în motivare.

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:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de S.C. ... S.A., în calitate de lider al asocierii S.C. ... S.A. – S.C. ...S.R.L. în contradictoriu cu ... în calitate de autoritate contractantă.

Admite contestația formulată de S.C. ... S.R.L., în calitate de lider al asocierii S.C. ... S.R.L. & S.C. ... S.R.L. & S.C. ...S.R.L. & S.C. ... S.R.L.

Anulează, în parte, raportul procedurii de atribuire nr. 10620/21.04.2017, precum și actele subsecvente acestuia, respectiv referirile la oferta Asocierii S.C. ... S.R.L. - S.C. ... S.R.L. - S.C. ...S.R.L. - S.C. ... S.R.L. și la decizia de anulare a procedurii de atribuire (Cap. III „Concluzii și semnături”).

Obligă autoritatea contractantă, ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei, să continue procedura de atribuire prin reevaluarea ofertei depuse de asocierii S.C. ... S.R.L. & S.C. ... S.R.L. & S.C. ...S.R.L. & S.C. ... S.R.L., conform celor reținute în motivare.

Admite cererea de intervenție formulată de S.C. ... S.R.L.

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

PREȘEDINTE COMPLET
...

MEMBRU COMPLET **MEMBRU COMPLET**

...

Redactat în 5 exemplare originale, conține 28 (douăzecișiopt) pagini.