

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

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 58913/29.11.2022, înaintată de SC ... SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată legal prin ... - administrator și convențional prin avocat ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..., împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. B7482/24.11.2022, emis de ... SA, cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect *„Revizii tehnice periodice, reparatii planificate, accidentale pentru echipamentele de ingrosare, deshidratare si evacuare namol precum si pentru instalatiile de preparare si dozare polimeri, instalatiile mecanice, electrice, de automatizare si hidraulice aferente, cat si achizitie piese de schimb, din cadrul Companiei Apă ...”*, cod CPV 50511100-1, s-a solicitat:

- *anularea adresei nr. B7482/24.11.2022 și a Raportului procedurii nr. B7481/24.11.2022, precum și a tuturor actelor anterioare și/sau subsecvente acestora, care privesc modalitatea de evaluare a ofertelor depuse de SC ... SRL în cadrul procedurii de atribuire pentru loturile 1, 3, 4, 5 și 6;*

- *obligarea entității contractante la continuarea procedurii de atribuire, cu respectarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, cu consecința stabilirii admisibilității ofertei depuse de SC ... SRL;*

- *obligarea entității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea prezentei cauze, potrivit dovezilor ce vor fi depuse la dosarul cauzei.*

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC ... SRL, în calitate de operator economic participant

la procedura de atribuire în cauză, critică decizia autorității contractante de a exclude oferta sa depusă pentru loturile 1, 3, 4, 5 și 6, respectiv de anulare a procedurii de atribuire pentru aceste loturi, învederând următoarele:

I. Contextul formulării contestației

1. Data limită de depunere a ofertelor a fost 11.10.2022, SC ... SRL depunând ofertă pentru cinci loturi, respectiv loturile 1, 3, 4, 5 și 6 ale procedurii de atribuire; ceilalți operatori economici care au depus oferte în cadrul prezentei proceduri fiind:

Lotul 1: ... SRL și ... SRL

Lotul 2: ... SA

Lotul 3: ... SRL și ... SA... SA

Lotul 4: ... SRL

Lotul 5: ... SRL

Lotul 6: ... SRL

În data de 24.11.2022, entitatea contractantă a emis raportul procedurii, potrivit căruia oferta SC ... SRL a fost exclusă din toate loturile la care acesta a participat, precum și ceilalți ofertanți, toate loturile fiind anulate urmare a faptului că nu ar fi fost depusă nicio ofertă admisibilă.

Contestatoarea susține că entitatea contractantă a dispus măsura excluderii ofertei SC ... SRL motivat de o presupusă incidență a prevederilor art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, iar în motivare, a invocat existența documentului constatatator negativ nr. 528/14.02.2022.

Este criticat faptul că entitatea contractantă Compania Apa ... și-a întemeiat respingerea ofertei doar pe motivele reținute în cadrul Documentului constatatator, de altfel, contestat în fața Tribunalului ..., fără a fi procedat la o verificare efectivă și diligentă a condițiilor necesar a fi îndeplinite pentru excludere și fără a fi adresat, în prealabil, societății ... SRL nicio solicitare de clarificare privind îndeplinirea condițiilor de participare explicit solicitate prin fișa de date a achiziției.

În opinia petentei, entitatea contractantă a dispus excluderea sa din procedura de atribuire reținând eronat următoarele aspecte legate de executarea unui contract încheiat anterior tot cu Apa ...:

- Contractul de lucrări nr. L20200820/07.08.2020 ar fi fost reziliat din motive imputabile SC ... SRL, ca urmare a nerespectării obligațiilor contractuale asumate;

- Documentul constatatator nr. 528/14.02.2022, emis de Apa ... se bucură de prezumția de legalitate, autenticitate și veridicitate, având caracter executoriu;

- ... a formulat acțiune în anularea Documentului constatatator, care se regăsește, însă, în etapa procesuală de fond, nefiind administrate probe (expertize judiciare).

Situația premisă reținută de entitatea contractantă nu corespunde realității care a caracterizat raporturile contractuale dintre părți și nici nu poate reprezenta motiv de excludere din procedura de atribuire.

Analiza profund subiectivă, sumară și lipsită de diligență a entității contractante care a ignorat cu desăvârșire următoarele aspecte:

a) SC ... SRL nu se face vinovată de nicio abatere profesională gravă. Deși Documentul constatator inițial nr. 528 din data de 14.02.2022 a fost emis față de SC ... SRL, conduita sa în executarea contractului nr. L20200820/17.08.2020 nu se circumscrie și nu poate fi calificată drept o abatere profesională gravă, întrucât:

- Contractul avea ca obiect executarea și finalizarea lucrării de reabilitare treaptă de tratare mecanică - degrosisare aferentă Stației de Epurare ...; mai exact, SC ... SRL avea, potrivit contractului, obligația de a livra anumite echipamente având caracteristici clar definite/impuse prin caietul de sarcini, fără a dispune de libertatea de a adapta aceste caracteristici în funcție de factori extrinseci, aflați în responsabilitatea exclusivă a beneficiarului (entitatea contractantă);

- Toate echipamentele montate și livrate de SC ... SRL, în temeiul contractului, au avut caracteristicile impuse de către autoritatea contractantă, prin cerințele caietului de sarcini; SC ... SRL a livrat exact ceea ce autoritatea contractantă a solicitat prin caietul de sarcini, aspect probat pe parcursul litigiului de fond vizând modalitatea de executare a contractului;

- SC ... SRL a remediat absolut toate deficiențele funcționale semnalate de către autoritatea contractantă cu privire la echipamentele instalate; toate lucrările au fost executate conform contractului și cerințelor autorității contractante, remedierile fiind reflectate de documentele contractuale administrate ca probe în dosarul de fond;

- Existența unor eventuale neconformități sau nefuncționalități ale echipamentelor reprezintă exclusiv consecința unor factori externi, care intră în sfera de responsabilitate și în riscul autorității contractante, respectiv: (i) exploatarea necorespunzătoare a echipamentelor de către autoritatea contractantă; (ii) caracteristicile influentului care intră în stația de epurare și care nu îndeplinește condițiile apei uzate menajere;

- Constatările comisiei de recepție a autorității contractante, privind pretensele neconformități ale echipamentelor/lucrărilor executate, sunt nefundamentate, eronate și nu justifică decizia de reziliere a contractului. Probele administrate în cadrul dosarului de fond acreditează concluzia că responsabilitatea definirii caracteristicilor echipamentelor impus a fi livrate revine exclusiv Beneficiarului (entitatea contractantă), SC ... SRL neavând „libertatea” de a le adapta, pentru a deveni funcționale, condițiilor concrete existente în stația de epurare.

b) De asemenea, arată contestatoarea, documentul constatator emis, pe care se fundamentează excluderea sa reflectă o situație de fapt fundamental contrară realității în condițiile în care a îndeplinit, de fapt,

corect și complet, toate obligațiile aflate în responsabilitatea sa (aspecte confirmate și de opinia unui expert independent). În consecință, SC ... SRL nu se încadrează în niciunul dintre motivele de excludere statuate de dispozițiile legale invocate de către entitatea contractantă în cuprinsul actelor contestate.

c) Legalitatea emiterii Documentului constatator a fost contestată de SC ... SRL, sens în care subliniază următoarele:

- Cererea de chemare în judecată având ca obiect anularea Documentului constatator, formează obiectul dosarului nr. ..., aflat pe rolul Tribunalului ..., Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;

- Inițial, obiectul cererii de chemare în judecată a vizat următoarele pretenții: (a) anularea în tot a Procesului-verbal de recepție nr. 4348/15.12.2021, emis de către entitatea contractantă și (b) obligarea Beneficiarului la plata sumei de 629.714,40 lei, reprezentând 30 % din valoarea Lucrărilor aferente liniei 19; la momentul promovării acestei acțiuni, erau emise doar documentele contestate, respectiv fusese respinsă recepția echipamentelor în discuție;

- Ulterior, pe măsură ce noi documente au continuat a fi emise de către beneficiar, acțiunea a fost completată cu două noi capete de cerere, vizând (i) anularea în tot a Notificării nr. 307 din data de 28.01.2022, privind rezilierea Contractului și (ii) anularea Documentului constatator;

În prezent, dosarul se află în curs de soluționare, în etapa procesuală de fond, fiind dispusă măsura efectuării unei expertize tehnice având ca obiective, *inter alia*, (i) stabilirea conformității echipamentelor livrate în raport cu cerințele caietului de sarcini și (ii) clarificarea posibilității ca viciile de funcționare a echipamentelor livrate să fi fost cauzate de conduita neglijentă a entității contractante, iar nu de caracteristicile echipamentelor livrate, de altfel, în acord cu cerințele caietului de sarcini. Instanța de judecată nu a emis, până la acest moment, nicio soluție privind (ne)legalitatea Documentului constatator contestat, aspect care ar fi fost de natură să împiedice entitatea contractantă din a exclude oferta SC ... SRL, cu atât mai mult cu cât ofertantul nu a beneficiat nici de șansa unei clarificări, permise explicit de lege.

d) Simpla existență a documentului constatator negativ nu atrage excluderea automată a ofertantului în condițiile în care chiar și un operator care s-ar face vinovat de încălcarea gravă repetată a unui contract anterior are șansa de a-și menține capacitatea de atribuire a altui contract dacă își probează credibilitatea. În acest sens, contestatoarea consideră că entității contractante îi revenea obligația de a adresa SC ... SRL o solicitare de clarificare cu privire la circumstanțele care au generat emiteria Documentului constatator și implicarea propriu-zisă a ofertantului în executarea contractului. Mai

mult, orice operator a cărui potențială excludere se află în analiza unei autorități contractante trebuie să beneficieze de „șansa” clarificării, respectiv de posibilitatea de a-și proba și justifica întreaga conduită în domeniu, iar nu numai situația izolată rezultată în legătură cu un anumit contract, cu atât mai mult cu cât contractul nu este singurul raport juridic încheiat și derulat vreodată de SC ... SRL.

În opinia sa, în lipsa transmiterii unei astfel de clarificări, entitatea contractantă (i) a încălcat dreptul său de a demonstra inaplicabilitatea/inexistența motivului de excludere; și (ii) a dispus excluderea SC ... SRL din procedura de atribuire (adică măsura sancționatorie cea mai drastică), în mod discreționar și abuziv, fără a fi avut la dispoziție informațiile care i-ar fi permis să analizeze, în mod complet, corect și obiectiv, situația particulară a ofertantului și comportamentul său contractual.

Entitatea contractantă avea obligația de a analiza (i) modalitatea în care prestațiile contractuale ale SC ... SRL au fost îndeplinite; (ii) circumstanțele care au generat emiterea documentului constatator și gradul de vinovăție al SC ... SRL în decizia de reziliere a contractului; dar și (iii) măsurile adoptate de către SC ... SRL pentru a-și dovedi credibilitatea. Niciunul dintre aceste aspecte nu a format, însă, obiectul analizei comisiei de evaluare, aspect de natură să lipsească de fundament măsura excluderii din procedura de atribuire.

Împrejurarea că Documentul constatator a fost emis de către însăși Apa ... nu este și nu poate reprezenta un motiv apt să exonereze entitatea contractantă de obligația legală de a clarifica situația, dispozițiile legale incidente nestipulând nicio derogare sau nicio exceptare de la această regulă care instituie în favoarea ofertantului un drept. Eșecul îndeplinirii acestei obligații a obstrucționat SC ... SRL în a-și exercita dreptul legal de a-și proba credibilitatea, context în care singurul remediu eficient este invalidarea actelor emise în condițiile evocate.

II Temeinicia contestației

Petenta învederează că decizia entității contractante este lipsită de temeinicie, nelegală și abuzivă, având în vedere următoarele argumente:

A. Entitatea contractantă era obligată să clarifice ofertantul pentru a verifica incidența motivelor de excludere (cu atât mai mult cu cât a informat în cadrul formularului DUAЕ, onest și transparent, cu privire la existența Documentului constatator).

Contestatoarea evidențiază dispozițiile legale în raport de care raționamentul entității contractante este nelegal:

a) art. 221 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 și art. 133 alin. (1) lit. i) coroborate cu cele ale art. 140 alin. (1) din HG nr. 394/2016¹; în situația

dată, clarificarea era obligatorie și pentru evidențierea acelor măsuri de natură a verifica credibilitatea, în condițiile informării în mod transparent și onest în cadrul formularului DUAЕ asupra existenței Documentului constatator.

Interesul oricărei entități contractante ar trebui să fie edificarea asupra situației reale intervenite prin solicitări de clarificări temeinice. Obligația entității contractate de a clarifica este corespondentul dreptului SC ... SRL de a-și proba credibilitatea.

În condițiile în care legea a stabilit dreptul și posibilitatea operatorului economic de a răsturna concluziile rezultând din simpla existență a unui document constatator, transmiterea unei clarificări de către entitatea contractantă privind dovezile prin care ofertantul înțelege să-și probeze credibilitatea devine, practic o obligație a acesteia. Or, în cazul SC ... SRL, entitatea contractantă a căutat motive de excludere a ofertei, printr-o evaluare superficială și lipsită de interes a condițiilor impuse de dispozițiile art. 180 din Legea nr. 99/2016, ignorând complet documentele transmise anexat formularului DUAЕ.

b) Dispozițiile art. 184 din Legea nr. 99/2016 și ale art. 57 din Directiva nr. 2014/24/UE prevăd fără echivoc posibilitatea ofertantului de a furniza dovezi care să arate că măsurile luate sunt suficiente pentru a-și proba credibilitatea. Or, în lipsa unei solicitări de clarificare, dreptul ofertantului nu poate fi realizat, deoarece nu are posibilitatea efectivă de a transmite documentele relevante în susținerea credibilității sale raportat și la aspectele pe care entitatea contractantă le-ar fi considerat necesar a fi detaliate.

c) Simpla existență a Documentului constatator negativ nu atrage excluderea automată a ofertantului, ci entitatea contractantă trebuia să analizeze în concret situația care a generat emiterea acestor acte administrative. Respingerea ofertei SC ... SRL ar fi putut interveni doar în situația în care, ulterior analizei Documentului constatator, a unui eventual punct de vedere formulat de SC ... SRL printr-un răspuns la clarificare și a unor eventuale dovezi suplimentare prin care și-ar fi probat credibilitatea, entitatea contractantă ar fi considerat că ofertantul și-ar fi încălcat în mod grav și repetat obligațiile principale, iar prejudiciul produs ar fi fost semnificativ, fără ca acesta să fi întreprins măsuri de remediere apte a-i proba credibilitatea.

Mai mult, potrivit dispozițiilor art. 161 alin. (8) din HG nr. 394/2016, analiza necesar a fi fost efectuată de către entitatea contractantă într-o astfel de situație trebuia să ia în considerare contextul clarificat de către ofertant și, desigur, măsurile efectiv întreprinse de către acesta pentru a-și proba credibilitatea. Simpla existență a documentului constatator nu poate conduce în mod automat la excluderea SC ... SRL, fără a i se oferi posibilitatea, de altfel prevăzută de dispozițiile legale, de a-și proba credibilitatea. Respingerea automată a ofertei fără o clarificare privind demonstrarea credibilității

încalcă inclusiv principiul proporționalității măsurii dispuse. Prin urmare, omisiunea entității contractante de a solicita clarificarea situației, este de natură a prejudicia drepturile SC ... SRL expres prevăzute de lege, prin faptul că nu a avut posibilitatea de a furniza dovezile relevante pentru a-și demonstra credibilitatea, în pofida reglementării exprese, în favoarea sa, a unui astfel de drept; dreptul reglementat de art. 184 din Legea nr. 99/2016 devine pur iluzoriu dacă ofertantului nu i se adresează, prealabil sancțiunii, o întrebare de clarificare în acest sens.

d) De asemenea, contestatoarea invocă jurisprudența unanimă în a susține obligația entității contractante de a se edifica asupra situației reale intervenite anterior respingerii unei oferte din procedura de atribuire prin transmiterea unei clarificări ofertantului, respectiv: Decizia CNSC publicată în BO2970_2017; Decizia nr. 268 din 08 martie 2021, pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia; Cauza T-211/02 Tideland Signal împotriva Comisiei Europene, pct. 37; Decizia CNSC publicată în BO2174_2015; Decizia CNSC nr. 3492/C7/4468 din data de 29.12.2017.

B. Pe durata derulării demersurilor de contestare a Documentului constatat, actul administrativ nu poate conduce la excludere, aspect confirmat inclusiv de jurisprudența ANAP.

Prezumțiile de legalitate, autenticitate și veridicitate de care se bucură un act administrativ nu sunt absolute, ceea ce înseamnă că este posibil a fi răsturnate în cadrul unui demers judiciar de contestare, cum este cel promovat de SC ... SRL.

Dacă simpla existență a documentului constatat ar fi suficientă pentru expunere, activitatea operatorilor economici care derulează contracte de achiziție publică ar putea fi discreționar și abuziv obstrucționată prin simpla emitere a unor asemenea documente. Dimpotrivă dispozițiile legale impun și obligă autoritățile contractante ca, ori de câte ori la procedurile de atribuire participă ofertanți cu privire la care este semnalată existența unui document constatat, să verifice întreaga conduită a respectivului operator pentru a se decide, prin raportare la această analiză completă dacă, asumându-și răspunderea, se poate stabili un nou raport contractual de acest tip.

Asemenea considerente, care obligă autoritățile la o analiză temeinică a conduitei integrale a operatorului economic, au fost tranșate anterior în practica instanțelor naționale și unionale, respectiv: Decizia nr. 390 din data de 30 aprilie 2020 pronunțată de către Curtea de Apel Cluj în dosarul nr. 237/33/2020; Decizia nr. 488 din data de 14 mai 2020 pronunțată de către Curtea de Apel Craiova în dosarul nr. 399/54/2020; Decizia CNSC nr. 812 din data de 19 mai 2020; Decizia CNSC publicată în BO3318_2017; Sentința civilă nr. 318 din 13 octombrie 2017, pronunțată de Curtea de Apel Cluj; Decizia CNSC publicată în BO5273_2017.

Având în vedere prevederile art. 161 alin. (5) din HG nr. 394/2016, petenta subliniază că dispozițiile legale prevăd implicit faptul că

documentele constatatoare nu trebuie să fie publicate până la termenul de depunere a unei/unor contestații prin care se contestă respectivele documente constatatoare, iar, în cazul în care nicio contestație nu se depune, documentele se pot publica în termen de 60 zile de la data emiterii lor.

Învederează, în acest sens, că jurisprudența instanțelor de judecată, precum și interpretările ANAP sunt relevante: Decizia nr. 25 din 15 noiembrie 2021 emisă de Înalta Curte de Casație și Justiție - Completul pentru soluționarea recursului în interesul legii, pct 23; Decizia nr. 11034 din 18 decembrie 2013 pronunțată de Curtea de Apel Ploiești; Speța nr. 1052 publicată în Biblioteca de spețe a ANAP.

C) Situația de fapt care a condus la încetarea contractului este greșit reținută de către entitatea contractantă; de altfel, cu privire la modul de îndeplinire a obligațiilor SC ... SRL urmează a se pronunța Tribunalul ... care, în cadrul dosarului nr. ..., a fost investit inclusiv cu analiza legalității înștiințării de reziliere a contractului și a Documentului constatatator.

Petenta susține că măsura excluderii a fost dispusă nelegal în condițiile reținerii unei situații de fapt care este fundamental diferită de cea care a caracterizat realitatea raporturilor contractuale. Aceste circumstanțe ar fi putut fi clarificate dacă entitatea contractantă, în mod diligent și cu bună credință, ar fi adresat o solicitare de clarificare.

În continuare, petenta prezintă situația de fapt reținută în Documentul constatatator care a fundamentat excluderea, astfel:

a) Nici Documentul constatatator, nici înștiințarea de reziliere a contractului nu reflectă, în mod corect, modalitatea de executare a contractului sau conduita SC ... SRL, întrucât, contrar celor reținute în cuprinsul acestora:

- Toate echipamentele montate și livrate de SC ... SRL, în executarea contractului, au caracteristicile impuse prin cerințele caietului de sarcini; aceste aspecte sunt demonstrate prin prezentarea matricei de compliance a echipamentelor instalate cu cerințele contractuale, document care reflectă, dincolo de orice dubiu, deplina respectare, de către SC ... SRL, a conformității echipamentelor și materialelor necesar a fi fost puse în operă.

- SC ... SRL a remediat absolut toate deficiențele funcționale semnalate de Apa ... cu privire la echipamentele instalate și care erau consemnate în documentele contractuale comune ale părților. Conformitatea echipamentelor livrate, dar și îndeplinirea obligației de a remedia disfuncționalitățile sesizate sunt confirmate inclusiv prin opinia exprimată de către un expert independent care, la solicitarea ..., a analizat aceste aspecte și a întocmit un raport de expertiză tehnică.

- Pe tot parcursul desfășurării raporturilor contractuale, SC ... SRL a dat dovadă de bună-credință, asigurând disponibilitate deplină în ceea ce privește surmontarea eventualelor divergențe apărute, precum și

în scopul remedierii deficiențelor semnalate. De altfel, permanent a explicat că eventualele deficiențe de funcționare pe care Beneficiarul le invocă reprezintă rezultatul propriei erori în a defini echipamente corect dimensionate și configurate pentru condițiile proprii stației de epurare; cu alte cuvinte, la nivelul cerințelor caietului de sarcini ar fi fost necesar să se stabilească niște caracteristici, eventual diferite, dacă se dorea atingerea unui anume rezultat, nefiind echitabil și corect să i se impute SC ... SRL faptul că, deși a livrat exact ceea ce i s-a impus, Beneficiarul nu își atinge un obiectiv niciodată reflectat de documentația de atribuire întocmită pentru atribuirea contractului.

b) Modalitatea în care au funcționat echipamentele și, în concret, aptitudinea acestora de a răspunde nevoilor Apa ..., nu reprezintă responsabilitatea SC ... SRL; a avut obligația contractuală de a livra și instala anumite echipamente, definite prin caracteristici tehnice impuse în cuprinsul caietului de sarcini.

Totodată, SC ... SRL susține că nu a fost responsabilă pentru soluția tehnică aleasă și/sau pentru caracteristicile efective ale echipamentelor solicitate de entitatea contractantă prin caietul de sarcini, ci pentru livrarea unor echipamente conforme.

c) Disfuncționalitățile invocate de Apa ... și care au determinat rezilierea contractului au fost consecința unor fapte extrinseci conduitei contractuale a SC ... SRL.

Petenta susține că existența unor alte eventuale neconformități sau nefuncționalități ale echipamentelor nu poate fi atribuită SC ... SRL, ci exclusiv unor factori externi, care intră în sfera de responsabilitate și în riscul entității contractante, de care aceasta din urmă a preferat să facă abstracție, deși a fost notificată în acest sens, în mod repetat.

D. Totodată, arată contestatoarea, situația reținută de entitatea contractantă nu este reprezentativă și nu caracterizează conduita operatorului economic SC ... SRL, astfel:

a) Apa ... a constatat în mod unilateral, abuziv și vădit neîntemeiat pretinsa neexecutare a obligațiilor asumate în contract; Entitatea contractantă a ignorat în mod voit împrejurarea că, la acest moment, conformitatea executării obligațiilor asumate prin contractul care a generat emiterea Documentului constatator urmează a fi analizată, sub aspectul temeiniciei și a legalității, de către instanța de judecată investită cu soluționarea acțiunii în anularea înștiințării de reziliere, dar și a Documentului constatator.

b) Conduita contractuală uzuală a SC ... SRL este definită de profesionalism și implicare, desfășurând o activitate profesională susținută și încununată de finalizarea cu succes a proiectelor executate și recepționate fără obiecțiuni, în concret, SC ... SRL nu a înregistrat nicio abatere contractuală în întreaga sa activitate profesională, aptă să conducă la rezilierea unui contract de achiziție publică sau la emiterea unor documente constatatoare negative.

c) SC ... SRL este o societate cu o vastă experiență în ceea ce privește executarea contractelor de achiziție publică cu obiect similar celui încheiat cu Apa Toate aceste contracte demonstrează o conduită contractuală ireproșabilă, caracterizată de executarea corespunzătoare a obligațiilor asumate.

d) Colaborarea și comunicarea cu partenerii de afaceri sau clienți s-a desfășurat permanent în termeni corecți și normali. SC ... SRL a fost deosebit de atent la solicitările beneficiarilor de orice fel, fără să creeze dispute inutile pe nicio temă.

e) În acest context, emiterea abuzivă unor acte administrative, fără o analiză realistă și obiectivă a cauzelor care au condus la încetarea contractului, precum și a situației de fapt care a caracterizat raportul contractual invocat, generează riscul de excludere în cascadă a SC ... SRL din alte proceduri de atribuire, organizate de Apa ... sau de alte entități contractante. Lipsa invalidării actelor atacate emise în condițiile evocate va conduce, cel mai probabil, la crearea unei practici a entității contractante în sensul de a exclude SC ... SRL din toate procedurile de atribuire la care participă sau va participa, ori de câte ori se va ivi ocazia. Mai mult, arată contestatoarea, aceste circumstanțe pot fi aduse la cunoștința și a altor entități contractante de către operatori economici aflați în competiție cu SC ... SRL, nefiind exclus riscul afectării participării ... în respectivele proceduri de atribuire.

E. Măsura sancționatorie dispusă încalcă principiul proporționalității:

Entitatea contractantă are obligația de a exercita un anumit grad de diligență atunci când analizează conținutul fiecărei oferte, iar în cazul în care există o chestiune care ar putea fi lămurită prin solicitarea de clarificări, aceasta nu poate să respingă în mod abuziv o ofertă fără clarificări elocvente. Principiul proporționalității, care guvernează întreaga procedură de atribuire, impune cu necesitate ca actele autorității contractante să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar măsurile luate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite.

În opinia contestatoarei, dispunerea celei mai drastice măsuri sancționatorii, fără ca entitatea să ofere SC ... SRL posibilitatea reală de a clarifica aceste circumstanțe reprezintă o încălcare vădită a principiului.

În susținere, petenta invocă practica instanțelor: Decizia CJUE din 30 ianuarie 2020 în cauza C-395/18, Tim SpA - Direzione e coordinamento Vivendi SA vs. Consip SpA; Decizia CJUE din 16 decembrie 2008 în cauza 0213/07, Michaniki AE vs. Ethniko Symvoulío Radiotileorasis; Hotărârea Tribunalului de Primă Instanță de la Luxemburg din 10 decembrie 2009, cauza T195/08, Antwerpse

Bouwwerken NV împotriva Comisiei Europene, pct. 57; Decizia CJUE din 13 iunie 2019, pronunțată în cauza C-41/18; Decizia CJUE din 3 octombrie 2019, pronunțată în Cauza C-267/18.

F. Entitatea contractantă a procedat la anularea tuturor loturilor făcând aplicarea dispozițiilor art. 225 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016.

Or, arată contestatoarea, motivul care a determinat decizia de anulare, respectiv faptul că nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă nu este întemeiat, având în vedere că oferta sa îndeplinește toate cerințele documentației de atribuire; singurul motiv pentru care această ofertă a fost exclusă din procedura de atribuire nu respectă dispozițiile legale. Prin excluderea netemeinică și nelegală a SC ... SRL, entitatea contractantă a creat o circumstanță artificială de anulare a procedurii de atribuire, fiind încălcat principiul asumării răspunderii prevăzut la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

Mai mult, prevederile legale referitoare la informarea ofertanților privind decizia entității contractante de anulare a procedurii nu au fost nici ele respectate, întrucât în cadrul comunicării și în nicio altă adresă subsecventă, entitatea contractantă nu a informat SC ... SRL privind decizia sa de anulare, motivul care a determinat decizia de anulare, precum și încetarea obligațiilor asumate de SC ... SRL prin depunerea ofertelor pentru loturile 1, 3, 4, 5 și 6. Nici măcar raportul procedurii nu consemnează această decizie a entității contractante, la finalul acestuia existând doar mențiunea conform căreia comisia de evaluare „propune anularea procedurii”.

Entitatea contractantă a transmis documentele relevante în soluționarea contestației, atașat punctului de vedere nr. B7700/06.12.2022, înregistrat la Consiliu cu nr. 60845/13.12.2022, prin care învederează următoarele:

Entitatea contractantă arată că autoarea contestației a depus oferta pentru loturile 1, 3, 4, 5 și 6, iar în urma verificării documentului DUAE s-a constatat că acesta a declarat la secțiunea C: *Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale - Vinovat de comiterea unei abateri profesionale grave, rezilierea contractului de lucrări nr. L20200820/17.08.2020 beneficiar Compania Apa ... SA. În urma rezilierii contractului, Compania Apa ... a emis documentul constatare negativ nr.528/14.02.2022.*

Având în vedere prevederile art. 180 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, comisia de evaluare a exclus din procedură ofertantul SC ... SRL, conform art. 180 alin. (1) lit. g).

În soluționarea contestației, entitatea contractantă apreciază relevante dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. g) și alin. (6) din Legea nr. 99/2016, ale art. 161 alin. (8) din HG nr. 394/2016, precum și prevederile fișei de date - Cap. III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului, Cerința 1.

Pentru aplicarea motivului de excludere prevăzut de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, este necesar să fie îndeplinite următoarele condiții cumulative:

- încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale;

- încălcarea obligațiilor principale să fi intervenit în derularea unuia dintre următoarele tipuri de contracte încheiate anterior: contract de achiziții publice, contract sectorial, contract de concesiune;

- încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale să fi condus la una din următoarele consecințe (sanctiuni): încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese, alte sancțiuni comparabile.

În speță, documentul constatator negativ a fost emis pentru SC ... SRL, având calitatea de operator economic participant la procedură, fiind întemeiat pe conduita culpabilă a acestuia, respectiv pentru nerespectarea dispozițiilor contractului de lucrări L20200820/17.08.2020, conduită care a determinat rezilierea unilaterală a contractului din partea Companiei Apa ... SA.

Prin documentul constatator nr. 528/14.02.2022, emis de Compania Apa ... S.A., s-a consemnat modul în care ... S.R.L. și-a îndeplinit obligațiile contractuale ce-i reveneau, sens în care s-au reținut următoarele: „[...] Executantul, și-a încălcat în mod grav și repetat obligațiile ce-i revin în realizarea și în derularea Contractului L20200820/17.08.2020, prin livrarea unor echipamente care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației avute în vedere de Achizitor.

... SRL nu a remediat aspectele consemnate în notificările comunicate de Beneficiar în mod repetat, în unele cazuri remedierile s-au executat în lipsa Achizitorului și nu au fost respectate cerințele din caietul de sarcini.

Referitor la motivele ce țin de legalitatea documentului constatator referit, entitatea contractantă consideră că se impune înlăturarea lor ca inadmisibile.

În acest sens, arată că legalitatea acestui act administrativ face obiectul dosarului civil nr. ..., aflat pe rolul Tribunalului ..., în cadrul căruia la data de 23.03.2022, prin cererea modificatoare a cererii de chemare în judecată, ... SRL a solicitat, printre alte cereri, și anularea în tot a actului administrativ reprezentat de Documentul constatator nr. 528 din data de 14.02.2022, emis de Compania Apa ... S.A.

Dosarul înregistrat pe rolul Tribunalului ... se află pe fondul cauzei, nu a fost soluționat și se află în etapa de administrare probe (raport de expertiză judiciară) cu termen de judecată la data de 05.12.2022.

Prin urmare, entitatea contractantă învederează că aspectele ce țin de legalitatea celor consemnate în documentul constatator, reclamate de contestatoare sunt de competența instanței de judecată, iar nu a Consiliului.

Competența Consiliului, în situația dată, este de a verifica legalitatea deciziei de respingere a ofertei contestatorului, respectiv dacă aceasta se încadrează în cazul de excludere prevăzut de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, iar nu de a verifica legalitatea documentului constatator și a stabili cine se face culpabil de situația expusă în acesta.

Astfel, arată entitatea contractantă, de vreme ce documentul constatator nu a fost anulat prin decizie definitivă a instanței de judecată, el produce efecte, situație în care, este incident cazul de excludere din procedură prevăzut de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016. Orice act administrativ se bucură de prezumția de legalitate, care poate fi răsturnată printr-o hotărâre judecătorească definitivă de anulare a actului administrativ.

De aceea, documentul constatator în discuție se bucură de prezumția de legalitate, până la suspendarea aplicării lui sau a anulării, ceea ce nu s-a întâmplat încă. Legiuitorul nu a condiționat excluderea din procedură în cazul prevăzut la art. 180 alin. (1) lit. g) de existența unei hotărâri judecătorești definitive asupra legalității emiterii unui document constatator.

Conform articolului menționat, entitatea contractantă exclude din procedură orice operator economic care și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i revineau în cadrul unui contract de achiziții publice, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune interese sau alte sancțiuni complementare. Or, în cazul contestatorului există emis un document constatator care consemnează caracterul grav al neexecutării obligațiilor contractuale.

Referitor la critica petentei potrivit căreia comisia de evaluare a luat decizia de excludere din procedură fără a-i solicita clarificări, entitatea contractantă învederează următoarele:

- Este vorba de un document constatator negativ emis de Compania Apa ... SA, adică aceeași entitate contractantă cu cea din procedura de atribuire în cauză, astfel că:

- s-a putut lămuri cu privire la *"circumstanțele care au generat emiterea documentului constatator și implicarea propriu zisă a ofertantului în executarea contractului"*;

- a avut la dispoziție *"informațiile care i-ar fi permis să analizeze în mod complet, corect și obiectiv situația particulară a ofertantului și comportamentul său contractual"*;

- a putut analiza *"modalitatea în care obligațiile contractuale ale ... au fost îndeplinite"*;

- a putut analiza *"circumstanțele care au generat emiterea Documentului constatator și gradul de vinovăție al ... în decizia de reziliere a Contractului"*;

- a analizat *"în concret situația care a generat emiterea acestor acte administrative"*.

- Astfel, comisia de evaluare nu a mai considerat necesară solicitarea de clarificări cu privire la aceste aspecte, apreciind că situația se încadrează în dispozițiile *„art. 221 din Legea nr. 99/2016”*, ce reglementează ipotezele în care entitatea contractantă poate solicita clarificări/completări.

- Or, raportat la aceste prevederi legale, entitatea contractantă nu s-a aflat în situația de a-și exercita acest drept, atâta vreme cât actul administrativ (documentul constatator) care a stat la baza deciziei de excludere a ofertei depuse de contestator este un act aparținând aceleiași entități contractante, emiterea acestuia fiind rezultatul deciziei sale fundamentate. Ca atare, în procesul de evaluare a ofertei contestatorului, entitatea contractantă a putut analiza documentele care au stat la baza deciziei de emitere a documentului constatator, fără a exista nevoia solicitării de clarificări din partea contestatorului.

Prin urmare, entitatea contractantă consideră că invocarea lipsei solicitării de clarificări cu privire la cele mai sus referite nu poate constitui decât un aspect pur formal și lipsit de substanță, nicidecum un motiv temeinic în baza căruia să se poată dispune anularea, ca nelegală, a deciziei de excludere a ofertei contestatorului.

Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. ... din 28.11.2022, în valoare de ... lei, emisă de CEC Bank – Sucursala ..., la data de 29.11.2022.

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), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

... SA, în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, pe loturi, privind încheierea unui acord-cadru având ca obiect *„Revizii tehnice periodice, reparatii planificate, accidentale pentru echipamentele de ingrosare, deshidratare si evacuare namol precum si pentru instalatiile de preparare si dozare polimeri, instalatiile mecanice, electrice, de automatizare si hidraulice aferente, cat si achizitie piese de schimb, din cadrul Companiei Apă ...”*. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare ..., valoarea totală estimată este cuprinsă între 104380 – 614620 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire *„Cel mai bun raport calitate-preț”*.

În cadrul procedurii de atribuire au fost depuse oferte pentru cele 6 loturi, potrivit raportului procedurii nr. B748/24.11.2022, iar împotriva rezultatului procedurii de atribuire pentru loturile 1, 3, 4, 5 și 6 a

formulat contestație SC ... SRL prin care critică decizia luată de entitatea contractantă cu privire la oferta sa solicitând anularea raportului procedurii de atribuire, a adresei de comunicare a rezultatului procedurii, a tuturor actelor subsecvente și obligarea acesteia la continuarea procedurii de atribuire prin stabilirea admisibilității ofertei sale.

Pe fondul cauzei, Consiliul constată că SC ... SRL critică decizia entității contractante de a respinge oferta sa depusă pentru loturile 1, 3, 4, 5 și 6, prin excluderea sa din procedură, în temeiul art. 180 alin. (1) din Legea nr. 99/2016. Rezultatul procedurii a fost comunicat cu adresa nr. 107482/24.11.2022, împreună cu motivele concrete și detaliate pentru care comisia de evaluare a considerat că ofertei îi sunt incidente aceste dispoziții legale.

Potrivit raportului procedurii de atribuire nr. B748/24.11.2022, ofertele depuse de SC ... SRL pentru loturile 1, 3, 4, 5 și 6 au fost respinse întrucât *„Ținând cont ca în sarcina Comisiei de evaluare există conform art. 180 alin. 1 din Legea nr. 99/2016 obligația excluderii oricărui operator economic care se află într-una din situațiile de excludere, aceasta exclude din procedură, ofertantul ... S.R.L. conform art. 180 alin. (1) lit.g)”,* decizie care se dovedește întemeiată, pentru considerentele prezentate mai jos. În acest sens, Consiliul are în vedere că informațiile și documentele depuse de acest ofertant au condus, în mod corect, la concluzia încadrării acestuia în situațiile de excludere prevăzute de lege.

Consiliul va reține că motivele avute în vedere în luarea deciziei de excludere a ofertelor pentru cele 5 loturi la care SC ... SRL a participat, sunt următoarele:

„Comisia de evaluare în urma verificării documentului DUAЕ depus de ofertantul ... S.R.L. constată că acesta a declarat la sesiunea C: Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale – Vinovat de comiterea unei abateri profesionale grave, rezilierea contractului de lucrări nr.L20200820/7.08.2020 beneficiar Compania de Apă ... SA. În urma rezilierii contractului, ... a emis documentul constatator negativ nr.528/14.02.2022.

Documentul constatator negativ se întemeiază pe conduita culpabilă a ofertantului ... SRL care nu a respectat dispozițiile contractuale înscrise în cadrul Contractului de lucrări L20200820/17.08.2020, conduită care a determinat rezilierea unilaterală a contractului din partea Companiei Apă ... S.A.

Prin documentul constatator nr. 528/14.02.2022 emis de ... S.A. s-a consemnat modul în care ... S.R.L: și-a îndeplinit obligațiile contractuale ce-i revineau, sens în care, conform celor menționate în documentul constatator, s-au reținut următoarele: „[...] Executantul, și-a încălcat în mod grav și repetat obligațiile ce-i revin în realizarea și în derularea Contractului L20200820/17.08.2020, prin livrarea unor echipamente care prezintă neconformități majore care le fac improprie utilizării conform destinației avute în vedere de Achizitor.

Ofertantul ... S.R.L., nu a remediat aspectele consemnate în notificările comunicate de Beneficiar în mod repetat, în unele cazuri remedierile s-au executat în lipsa Achizitorului și nu au fost respectate cerințele din caietul de sarcini.

Pe rolul Tribunalului ..., la data de 23.03.2022, prin cererea modificatoare a cererii de chemare în judecată, ... S.R.L. a solicitat, printre alte cereri, și anularea în tot a actului administrativ reprezentat de Documentul constatator nr. 528 din data de 14.02.2022, emis de ... S.A. Dosarul înregistrat pe rolul Tribunalului ... se află pe fondul cauzei, nu a fost soluționat și se află în etapa de administrare probe (raort de expertiză judiciară) cu termen de judecată la data de 05.12.2022.

... S.R.L. nu a formulat o cerere de suspendare a efectelor publicării documentului constatator, pe cale de consecință actul emis își produce efectele și se bucură de prezumția de legalitate, autenticitate și veridicitate, trăsături care constituie fundamental caracterul executoriu.

Conform dispozițiilor art. 180 alin. 1 din Legea nr. 99/2016 entitatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru orice operator economic care se află în următoarea situație:

g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau 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;

Conform dispozițiilor art. 161 alin. 8 din H.G. nr. 394/2016:

Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 180 alin.(1) lit.g) din Lege.

Ținând seama că în sarcina Comisiei de evaluare există conform art. 180 alin. 1 din Legea nr. 99/2016 obligația excluderii oricărui operator economic care se află într-una din situațiile de excludere, aceasta exclude din procedură, ofertantul ... S.R.L. conform art. 180 alin. (1) lit.g)“.

Aceleași motive de excludere au fost consemnate de către comisia de evaluare în raportul procedurii nr. B748/24.11.2022.

Astfel, analizând prevederile documentației de atribuire și documentele conținute de oferta SC ... SRL (loturile 1, 3, 4, 5 și 6), Consiliul constată că potrivit fișei de date a achiziției, cap. III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului, entitatea contractantă a stabilit astfel:

„Cerința nr. 1

Ofertanții, asociații, subcontractanții NU trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 177,178 și 180 din Legea nr. 99/2016. Modalitatea prin care se poate demonstra îndeplinirea cerinței: Se va completa DUAE de către toți operatorii participanți la procedură, cu informațiile aferente situației lor. (...)

Neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 180 din Legea nr. 99/2016, pentru Ofertant/Ofertant asociat/Subcontractant – se va prezenta DUAE, după caz, se vor prezenta documente prin care se demonstrează faptul că operatorul economic poate beneficia de derogările prevăzute la art. 179 alin. (2), art. 180 alin. (2) și art. 184 din Legea nr. 99/2016“.

În Formularul DUAE, SC ... SRL a prezentat la punctul C: MOTIVE LEGATE DE INSOLVENȚĂ, CONFLICT DE INTERESE SAU ABATERI PROFESIONALE, următoarele informații:

„Vinovat de comiterea unei abateri profesionale grave

Răspunsul dumneavoastră?

... S.R.L. nu se face vinovat de comiterea nicunei abateri profesionale grave. Deși Documentul constatator inițial nr. 528/14.02.2022 („Document constatator”), Anexa nr. 1, a fost emis față de ... S.R.L. de către ... S.A.

(Autoritatea emitentă”), conduita subscrisei în executarea Contractului nr. L20200820/17.08.2020 („Contractul”) nu se circumscrie și nu poate fi calificată drept o abatere profesională gravă, întrucât:

Toate echipamentele montate și livrate de către Cefacin ... S.R.L., în temeiul Contractului, au avut caracteristicile impuse de către Autoritatea emitentă, prin cerințele Caietului de sarcini; ... S.R.L. a livrat exact ceea ce Autoritatea emitentă a solicitat prin Caietul de sarcini;

... S.R.L. a remediat absolut toate deficiențele funcționale semnalate de către Autoritatea emitentă cu privire la echipamentele instalate; toate lucrările au fost executate conform Contractului și cerințelor Autorității emitente;

Existența unor eventuale neconformități sau nefuncționalități ale echipamentelor reprezintă exclusiv consecința unor factori externi, care intră în sfera de responsabilitate și în riscul Autorității emitente, respectiv: (i) exploatarea necorespunzătoare a echipamentelor de către Autoritatea emitentă; (ii) caracteristicile influentului care intră în stația de epurare și care nu îndeplinește condițiile apei uzate menajere;

Constatările comisiei de recepție a Autorității emitente, privind preținsele neconformități ale echipamentelor/lucrărilor executate, sunt nefundamentate, eronate și nu justifică decia de reziliere a Contractului.

Documentul constatator reflectă o situație de fapt fundamental contrară realității în condițiile în care ... S.R.L. a îndeplinit, de fapt, corect și complet, toate obligațiile aflate în responsabilitatea sa. În consecință, ... S.R.L. nu se încadrează în niciunul dintre motivele de excludere statuate de dispozițiile legale.

Ați luat măsuri pentru a demonstra fiabilitatea dumneavoastră („autocorectare”)?

DA

Descriere: Legalitatea măsurii emiterii Documentului constatator a fost contestată de către ... S.R.L. sens în care subliniem următoarele:

ANAP confirmă că un document „contestat în instanță și cu privire la care încă nu a fost pronunțată o hotărâre definitivă nu produce efecte juridice și, prin urmare, nu poate fi lat în considerare de către autoritățile contractante în vederea excluderii de la procedură a operatorului economic în cauză” – a se vedea în acest sens răspunsul ANAP la speța nr. 1052 publicată în Biblioteca de spețe ANAP

Cererea de chemare în judecată având ca obiect anularea Documentului constatator, formulată de către ... S.R.L., formează, în prezent, obiectul dosarului nr. ..., aflat pe rolul Tribunalului ..., Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;

Inițial, obiectul cererii de chemare în judecată a vizat următoarele preteții: (a) anularea în tot a Procesul-verbal de recepție nr. 4348/15.12.2021 emis de către Autoritatea emitentă și (b) obligarea Beneficiarului la plata sumei de 629.714,40 lei, reprezentând 30% din valoarea Lucrărilor aferente liniei 1; depunem anexat cererea de chemare în judecată și dovezile de comunicare a cererii către Tribunalul ... – Anexa nr. 2;

Ulterior, acțiunea a fost complet cu două noi capete de cerere, vizând (i) anularea în tot a Notificării nr.307 din data de 28.01.2022, privind rezilierea Contractului și (ii) anularea Documentului constatator. Depunem anexat cererea modificatoare a cererii de chemare în judecată, prin care a fost introdus capătul de cerere vizând anularea Documentului constatator, împreună cu dovezile de comunicare a acesteia către Tribunal ... – Anexa nr. 3;

În prezent, dosarul se află în curs de soluționare, în etapa procesuală de fond, fiind dispusă, la termenele anterioare, măsura efectuării unei expertize tehnice. Instanța de judecată nu a emis, până la acest moment, nicio soluție privind (ne)legalitatea Documentului constatator contestat. Depunem anexat extras de pe

portalul Tribunalului ..., din cuprinsul căruia rezultă stadiul actual al dosarului nr. ... aflat pe rolul Tribunalului ..., Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal – Anexa nr. 4

Simpla existență a documentului constatator negativ nu atrage excluderea automată a ofertantului în condițiile în care chiar și un operator care s-ar face vinovat de încălcarea gravă/repetată a unui contract anterior (context în care nu se regăsește ... S.R.L.) are șansa de a-și menține capacitatea de atribuire a altui contract dacă își probează credibilitatea (urmare unei solicitări de clarificare exprese din partea Autorității contractante). Autoritatea contractantă trebuie să analizeze, în concret și cu diligență, situația care a generat emiterea acestui act administrativ și implicarea propriu-zisă a ofertantului în executarea Contractului.

Cu alte cuvinte, Autoritatea contractantă trebuie să analizeze (i) modul în care prestațiile contractuale au fost îndeplinite (ii) circumstanțele care au generat emiterea Documentului constatator și gradul de vinovăție al ... Construc S.R.L. în decizia de reziliere a Contractului (care nu există și nici nu poate exista atât timp cât toate obligațiile asumate de către subscrisa au fost executate conform.

Dacă față de această prealabilă informare autoritatea va dori ca subscrisa să formuleze clarificări mai detaliate, adresăm rugămintea de a ni se indica explicit acest lucru și vă asigurăm de întreaga noastră disponibilitate în ale furniza”.

Legat de motivul de excludere a ofertelor contestatoarei, Consiliul constată că în etapa de verificare a informațiilor cuprinse în DUAЕ, autoritatea contractantă, în mod corect, nu a considerat necesar să solicite acesteia unele clarificări, în condițiile în care Documentul constatator inițial nr. 528/14.02.2022 este emis chiar de aceasta, respectiv de ... SA, legat de modul de derulare a Contractului nr. L20200820/17.08.2020.

În aceste împrejurări toate documentele și informațiile necesare verificării încadrării sau nu în situațiile de excludere prevăzute de art. 180 alin. (1) lit.g) din Legea nr. 99/2016 se regăsesc în cadrul entității contractante în condițiile în care aceasta este emitentul actului, și cunoaște în detaliu contextul care a determinat emiterea actului constatator, situație în care emiterea unei solicitări de clarificări ar fi fost un demers inutil, finalitatea fiind aceeași, de natură doar a prelungi inutil perioada de derulare a prezentei procedurii de atribuire.

Consiliul constată faptul că SC ... SRL deși a contestat în instanță Documentul constatator inițial nr. 528/14.02.2022 pentru a dovedi nevinovăția în ceea ce privește decizia entității contractante de reziliere a contractului și emiterea acestui act, litigiu care se află la al 8-lea termen de amânare, conform informațiilor de pe portalul Tribunalului ... dosar nr. ..., nu a fost solicitată suspendarea efectelor publicării actului administrativ, prin urmare, actul emis își produce efectele și se bucură de prezumția de legalitate, autenticitate și veridicitate, act care în prezent are caracter executoriu.

Or, în Documentul constatator inițial nr. 528/14.02.2022 entitatea contractantă, aceeași cu inițiatorul prezentei proceduri de atribuire, respectiv ..., a bifat „X” casuta „Nu” la punctul 9 Contractul a fost îndeplinit în mod corespunzător, iar la rubric Motivație a reținut că:

„a) executantul, și-a încălcat în mod grav și repetat obligațiile ce-i revin în realizarea și derularea Contractului L20200820/17.08.2020, prin livrarea unor echipamente care prezintă neconformități majore care le fac improprie utilizării conform destinației avute în vedere de Achizitor

b) A realizat lucrări care nu respectă caietul de sarcini. A avut un comportament necorespunzător care creează îndoieli serioase cu privire la credibilitatea Executantului.

b) Executantul nu a remediat aspectele consemnate în notificările comunicate de Beneficiar în mod repetat, în unele cazuri remedierile s-au executat în lipsa Achizitorului și nu au fost respectate cerințele din caietul de sarcini; executantul nu a respectat cerințele caietului de sarcini și oferta tehnică; s-au constatat vici care nu pot fi înlăturate și care prin natural or implică nerealizarea mai multor cerințe fundamentale, caz în care se impune refacerea lucrării.

*f) rezilierea contractului: **X Da** Nu”*

Din conținutul acestuia rezultă că ofertantul contestator a săvârșit o serie de abateri profesionale grave care au condus la rezilierea contractului, toate documentele emise anterior rezilierii contractului, notificări, procese-verbale etc, sunt la dispoziția entității contractante care este emitentul Documentului constatator inițial nr. 528/14.02.2022, nefiind astfel necesare niciun fel de solicitări de clarificare pentru a verifica incidența motivelor de excludere, așa cum invocă contestatoarea. Toate aceste documente, informații și situații de fapt sunt în detaliu cunoscute de entitatea contractantă astfel că a avut la îndemână toate elementele necesare evaluării ofertei și luarea unei decizii corecte cu privire la excluderea din procedură a contestatoarei.

Chiar și în situația în care s-ar dispune solicitarea unor clarificări, situația de fapt rămâne aceeași, elementele care au condus la luarea deciziei de excludere a ofertelor pentru cele 5 loturi sunt aceleași, prin urmare, un astfel de demers s-ar dovedi lipsit de efecte juridice, pe fondul problemei motivele de excludere nu pot fi înlăturate prin simpla existență a unei solicitări de clarificări și răspunsul la aceasta.

Contrar susținerilor contestatoarei evaluarea ofertelor depuse de contestatoare pentru cele 5 loturi a fost efectuată raportat la documentele și informațiile existente în cadrul entității contractante și nicidecum superficial și cu „*văditul dispreț al normelor imperative incidente*”, entitatea contractantă fiind cea pusă în situația de a recurge la rezilierea contractului și ulterior la emiterea actului constatator, iar în condițiile în care acesta nu a fost suspendat, până la o eventuală anulare a lui își produce efectele juridice.

Consiliul consideră că entitatea contractantă are o marjă de apreciere largă în ceea ce privește selectarea operatorilor economici. Astfel, contrar susținerilor contestatoarei, potrivit căroră „*jurisprudența este unanimă în a susțien obligația Entității contractante de a se edifica*

asupra situației reale intervenite anterior respingerii unei oferte din Procedura de atribuire prin transmiterea unei clarificări ofertantului”, în practica judiciară s-a cristalizat opinia conform căreia un operator economic aflat în situațiile prevăzute la articolul 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016 poate să fie/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, or, toate aceste dovezi există la entitatea contractantă și sunt cele care, în fapt, au stat la baza emiterii actului administrativ, respectiv Documentului constatator inițial nr. 528/14.02.2022, și care în prezenta procedură constituie motiv întemeiat de excludere fără a fi necesare demersuri pur formale de solicitare de clarificări. Situația de fapt și de drept este cunoscută în cele mai mici detalii de către entitatea contractantă ..., emitentul actului și inițiatorul prezentei proceduri de atribuire, astfel că, **este singura în măsură să analizeze situația concretă și să decidă în consecință, în baza documentelor existente chiar și în lipsa unor clarificări care în prezenta speță, după cum s-a reținut anterior ar avea caracter pur formal.**

Astfel, Consiliul reține relevanța în cauză a următoarelor dispoziții legale:

- art. 180 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 situații: (...)

g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau 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”;

- art. 184 din același act normativ „(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.

(3¹) Entitatea contractantă evaluează măsurile luate de operatorii economici și dovedite în conformitate cu alin. (3), ținând seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale infracțiunii sau abaterii avute în vedere.

(3²) În cazul în care măsurile prevăzute la alin. (3¹) sunt considerate insuficiente de către entitatea contractantă, aceasta transmite operatorului economic o expunere a motivelor care au condus la luarea deciziei de excludere a acestuia din procedura de atribuire.

(4) În cazul în care operatorului economic i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție/acord-cadru sau a unui contract de concesiune, care produce efecte în România, prevederile alin. (1) - (3) nu sunt aplicabile pe toată perioada de excludere stabilită prin respectiva hotărâre.

(5) În cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situațiile de excludere prevăzute la art. 177 și 180 nu sunt aplicabile:

a) dacă, în cazul faptelor prevăzute la art. 177, a trecut o perioadă de 5 ani de la data rămânerii definitive a hotărârii de condamnare;

b) dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 180 a trecut o perioadă de 3 ani de la data la care s-a produs situația, fapta sau evenimentul relevant”.

- art. 57 alin. 4 lit. c) și alin. (5) din Directiva 2014/24/UE privind achizițiile publice, care stipulează:

„(4) Autoritățile contractante pot exclude sau statele membre le pot solicita acestora să excludă de la participarea la o procedură de achiziție publică orice operator economic aflat în oricare din următoarele situații: (...)

(c) *dacă autoritatea contractantă poate demonstra prin mijloace adecvate că operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă, care pune sub semnul întrebării integritatea sa; (...)*

g) *dacă operatorul economic a dat dovadă de deficiențe semnificative sau persistente la îndeplinirea unei cerințe de fond prevăzute de un contract de achiziții publice anterior, de un contract anterior încheiat cu o entitate contractantă sau de un contract de concesiune anterior care au dus la încetarea anticipată a respectivului contract anterior, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile;*

(5) în orice moment în cursul procedurii, autoritățile contractante pot să excludă sau statele membre le pot solicita să excludă un operator economic în cazul în care se constată că operatorul economic se află, având în vedere faptele comise sau omise, fie înainte, fie în cursul procedurii, în una dintre situațiile menționate la alineatul (4)."

Consiliul reține că entitatea contractantă a verificat incidența motivului de excludere în baza documentului constatator, reținând, pe larg, în adresa de comunicare a rezultatului procedurii faptul că încălcările grave și repetate a obligațiilor principale ce-i reveneau în cadrul contractului au condus la rezilierea contractului, situație de fapt pe care de altfel contestatoarea o cunoaște, iar dovezile care au condus la rezilierea contractului sunt la dispoziție Companiei Apă

Dovezi care să arate că măsurile luate de ofertantul contestator sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prevăzute de art. 184 alin. (3), citat anterior, „se referă la efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor”, ori, în prezenta speță este vorba de rezilierea contractului. Documentele emise atât anterior cât și după acest moment, respectiv cererea de chemare în judecată (inclusiv cererea completatoare) sunt în posesia entității contractante.

Astfel, potrivit dispozițiilor legale, **entitatea contractantă dispune de un drept de apreciere în ceea ce privește excluderea din procedură, în cazul incidenței situațiile prevăzute la art. 180, fiind singura responsabilă pentru modul de atribuire a contractului, în aplicarea principiului asumării răspunderii. Dispozițiile enunțate stabilesc dreptul de apreciere al entității contractante în ceea ce privește măsura excluderii, în situația concretă din fiecare speță, și, atâta timp cât acest drept de apreciere se exercită în limitele impuse de lege și cu respectarea principiilor de atribuire a contractelor de achiziții, nu poate fi apreciat ca abuziv.** Entitatea contractantă nu poate fi obligată să încheie un acord cadru cu un ofertant cu care, în trecut, a avut o colaborare care a condus la rezilierea unui contract și pentru care a fost emis document constatator.

În acest sens, Consiliul reține relevanța în cauză și a practicii **CJUE C-41/18 Meca Srl**, unde Curtea decide că articolul 57 alineatul (4) literele (c) și (g) din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE trebuie interpretat în sensul că se opune unei reglementări naționale în temeiul căreia introducerea unei acțiuni în justiție împotriva deciziei de reziliere a unui contract de achiziții publice luate de o autoritate/entitate contractantă ca urmare a unor deficiențe semnificative survenite în timpul executării sale împiedică autoritatea/entitatea contractantă care lansează o nouă procedură de atribuire să facă vreo apreciere, în faza de selecție a ofertanților, cu privire la fiabilitatea operatorului vizat de această reziliere.

*„34 Astfel cum s-a arătat la punctul 28 din prezenta hotărâre, reiese din textul articolului 57 alineatul (4) din Directiva 2014/24 că **legiuitorul Uniunii a intenționat să încredințeze autorității contractante, și doar acesteia, în faza de selecție a ofertanților, sarcina de a aprecia dacă un candidat sau un ofertant trebuie să fie exclus de la o procedură de achiziții publice.***

38. Astfel, puterea de apreciere pe care articolul 57 alineatul (4) din Directiva 2014/24 o conferă autorității contractante este paralizată prin simplul fapt al introducerii de către un candidat sau un ofertant a unei acțiuni îndreptate împotriva rezilierii unui contract anterior de achiziții publice al cărui semnatar era, chiar dacă comportamentul său a părut suficient de deficient pentru a justifica această reziliere.

40. Astfel, această directivă inovează în special prin consacrarea, la articolul 57 alineatul (6), a mecanismului măsurilor corective (self-cleaning). Acest sistem, care se aplică operatorilor economici care nu au fost excluși printr-o hotărâre definitivă, urmărește să încurajeze un operator economic care se află într-una din situațiile menționate la articolul 57 alineatul (4) din directiva respectivă, să furnizeze dovezi pentru a atesta că măsurile luate sunt suficiente pentru a dovedi fiabilitatea sa, în ciuda existenței unei cauze de excludere facultative pertinente. Dacă aceste dovezi sunt considerate suficiente, operatorul economic în cauză nu trebuie să fie exclus din procedura de achiziții. În acest scop, operatorul economic trebuie să dovedească că a plătit sau s-a angajat să plătească o compensație în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate prin infracțiune sau prin abatere, că a clarificat complet faptele și împrejurările, cooperând activ cu autoritățile însărcinate cu investigația, și că a luat măsuri concrete la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, adecvate pentru a preveni orice noi infracțiuni sau abateri”.

Consiliul mai reține relevanța în speță și a cauzei CJUE C-267/18 Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA, unde Curtea a reținut că **„legiuitorul Uniunii a intenționat să încredințeze autorității competente și doar acesteia, în faza de selecție a ofertanților,**

sarcina de a aprecia dacă un candidat sau un ofertant trebuie să fie exclus de la o procedură de achiziție publică. Această posibilitate de care dispune o autoritate contractantă este menită să îi permită să aprecieze integritatea și fiabilitatea ofertantului. Pentru ca o neregulă să justifice rezilierea unui contract, aceasta trebuie, potrivit principiului proporționalității, să fie suficient de gravă. O autoritate contractantă nu poate deduce în mod automat, din decizia unei alte autorități contractante de a rezilia un contract de achiziții publice anterior, că un operator este răspunzător pentru deficiențe semnificative sau persistente în îndeplinirea unei cerințe de fond ce îi revenea în cadrul contractului. Îi revine autorității contractante sarcina de a efectua propria evaluare a comportamentului operatorului economic vizat de rezilierea unui contract de achiziții publice anterior. În această privință, ea trebuie să examineze, în mod diligent și imparțial, pe baza tuturor elementelor relevante și având în vedere principiul proporționalității, dacă operatorul este răspunzător pentru deficiențe semnificative sau persistente de care a dat dovadă la îndeplinirea unei cerințe de fond care îi revenea în cadrul contractului menționat, deficiențele respective fiind susceptibile să provoace ruperea legăturii de încredere cu operatorul economic în cauză”.

Cum în cauză, entitatea contractantă a verificat diligent toate informațiile avute la dispoziție cu privire la ofertantul SC ... SRL, Consiliul reține că aceasta și-a exercitat dreptul de apreciere corect, în limitele legii, prin urmare, criticile referitoare la excluderea ofertelor sale din procedură fără o verificare amănunțită a situației ofertantului și analiza măsurilor de credibilitate indicate în cadrul formularului DUAЕ se dovedesc a fi nefondate, decizia de excludere fiind luată nu doar pe baza Documentului constatator ci a tuturor informațiilor și documentelor referitoare la modul de executare al Contractului nr. L20200820, respectiv executare defectuoasă care a condus la emiterea Documentului constatator inițial nr. 528/14.02.2022.

Față de cele reținute în considerentele de mai sus, Consiliul constată caracterul nefondat și al criticilor potrivit cărora entitatea contractantă a creat circumstanțe artificiale de anulare a procedurii de atribuire, în condițiile în care, în mod corect sigura ofertă depuse a fost exclusă din cadrul procedurii de atribuire, situație în care devin incidente dispozițiile art. 225 alin. (1), lit. a) din Legea nr. 99/2016, respectiv anularea procedurii de atribuire.

Astfel, luând în considerare aspectele de fapt și de drept mai sus prezentate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ... SA, iar pe cale de consecință va respinge și cererea privind obligarea entității contractante la plată cheltuielilor de judecată.

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 nefondată contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ... SA.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei, 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 de la comunicare.

Redactată în 4 exemplare, conține 24 (douăzeci și patru) pagini