



În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr.....

Data:.....

Prin contestația nr., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr., depusă de SRL, cu sediul în, str., județul, înregistrată la Oficiul Registrul Comerțului sub nr., având CIF atribut fiscal RO, reprezentată legal de -Administrator, împotriva rezultatului procedurii de atribuire, comunicat în cadrul procedurii simplificată, online, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „Proiectare, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pentru obiectivul de investiții: Reabilitarea, modernizarea, dotarea și extinderea sediului, județul”, cod CPV 45200000-9, de către, cu sediul în, ... și punct de lucru în, str. în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat Consiliului:

1. Suspendarea procedurii de atribuire conform art. 22 din Legea 101/2016 până la soluționarea contestației, având în vedere faptul că o continuare a procedurii ne-ar prejudicia în mod grav;

2. Admiterea prezentei contestații astfel cum a fost formulată și obligarea Autorității Contractante la adoptarea măsurilor de remediere, astfel cum acestea sunt detaliate în conținutul prezentei Contestații, cu respectarea principiilor proporționalității, nediscriminării, tratamentului egal și al transparenței; Anularea Raportului Procedurii și actelor subsecvente acestuia.

3. În cazul în care, în soluționarea acestui demers, se constată că procedura în discuție este viciată, dincolo de remediere, contestatorul solicită anularea procedurii de atribuire.

Prin Încheierea nr., Consiliul s-a pronunțat asupra cererii de suspendare a procedurii din cuprinsul contestației formulate de SRL, pe care a respins-o.

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 SRL reclamă rezultatul procedurii de atribuire, învederând următoarele:

Având în vedere documentația de atribuire, publicată pe SICAP prin intermediul anunțului de procedură simplificată nr., Raportul procedurii nr. 12455L/04.07.2023 și comunicarea rezultatului nr. 39923 din 04.07.2023, contestatorul apreciază că autoritatea Contractantă a încălcat dispozițiile legale imperative din domeniul achizițiilor publice, în special scopurile și principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică prevăzute la art. 2 din Legea nr. 98/2016, prin îngrădirea și încălcarea tratamentului egal între operatorii economici.

Ca urmare a solicitării de clarificări nr. 10294L/07.06.2023, cu următorul conținut "Comisia de evaluare va solicita să clarificați cum indepliniți inexistența motivelor de excludere prevăzute la art. 167 alin. (1) lit.(g) din Legea 98/2016 cu modificările și completările ulterioare, având în vedere că s-a identificat în SEAP următorul document constatat negativ aferent societății SRL: document constatat nr. 52607 din data de 22.09.2022", contestatorul a formulat în termen Răspunsul înregistrat cu nr. 429/27.04.2023 astfel:

"Prin prezenta, facem următoarele precizări privind documentul constatat nr. 52607/22.09.2022 aferent societății SC SRL. - conform punctului 6 din documentul constatat nr. 52607/22.09.2022: "Prejudicii aduse sau ce ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului (dacă este posibil cuantificare valorică a acestora): 1936.47 lei achitat integral la data prezentei", valoare ce reprezintă penalitățile de întârziere pentru realizarea Proiectului Tehnic din cadrul obiectivului de investiții - contract nr. 378/10.10.2019 - Proiectare și execuție "Sala de sport școlară-102 locuri- Școala generală cls. I-VIII, Daia Romană 649 A, loc. Daia Romană, jud. Alba. Precizăm faptul că serviciile de proiectare și asistență tehnică au fost prestate de subcontractantul nostru declarat S.C. SRL, noi având calitatea de executant, așa cum rezultă din procesul verbal de recepție la terminarea lucrărilor nr. 43061/09.08.2022.

Atasăm ordinul de plată 862/19.06.2020 prin care s-a achitat integral valoarea penalităților serviciilor de proiectare în valoare de 1936.47 lei, în urma primirii adresei nr. 12446/18.06.2020 - notificare de plată;

-conform procesului verbal de recepție la terminarea lucrărilor nr. 43061/09.08.2022 emis de către investitorul S.A. s-a admis recepția la terminarea lucrărilor pentru obiectivului de investiții - contract nr. 378/10.10.2019 - Proiectare și execuție "Sala de sport școlară-102 locuri- Școala generală cls. I-VIII, Daia Romană 649 A, loc. Daia Romană, jud. Alba, fără obiecțiuni, constatări sau penalități de întârziere în execuția lucrărilor.

Atasăm procesul verbal de recepție la terminarea lucrărilor nr. 43061/09.08.2022. - conform art. 167 alin (8) În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. g) se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/executarea

unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprie utilizării conform destinației prevăzute în contract;

-conform Notificării A.N.A.P. cu privire la situația de excludere reglementată la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice "În conformitate cu prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, „autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/ acordului-cadru orice operator economic care și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune, încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile ”.

Astfel, pentru a fi exclus dintr-o procedură de atribuire în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, operatorul economic trebuie:

-fie să fi încălcat în mod grav obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziție publică, al unui contract de achiziție sectorială sau al unui contract de concesiune, încheiate anterior;

-fie să fi încălcat în mod repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziție publică, al unui contract de achiziție sectorială sau al unui contract de concesiune, încheiate anterior, și, în același timp, respectivele încălcări să fi condus:

-fie la încetarea anticipată a respectivului contract, -fie la plata de daune-interese,

-fie la alte sancțiuni comparabile cu una dintre cele două menționate mai sus. Spre exemplu, pentru ca situația să fie considerată motiv de excludere:

-încetarea anticipată a contractului nu trebuie să fie însoțită în mod obligatoriu și de plata de daune- interese/alte sancțiuni comparabile, dar trebuie să fie o consecință a unei încălcări grave sau a unei încălcări repetate a obligațiilor contractuale principale; Sau - încălcarea gravă a obligațiilor contractuale nu trebuie să fie și repetată, dar trebuie să fi condus la una dintre consecințele enumerate în teza a doua; sau

-încălcările repetate nu trebuie să fie grave, dar trebuie să fi condus la una dintre consecințele enumerate în teza a doua.

Un prim aspect care trebuie clarificat în legătură cu situația de excludere care face obiectul prezentei Notificări vizează situația în care un contract conține clauze de aplicare a unor penalități pentru încălcarea anumitor obligații. În acest caz, aplicarea de penalități conform clauzelor contractuale, în cadrul unui contract de achiziții publice/sectoriale/de concesiune, aduce operatorul economic în cauză în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 numai în măsura în care neîndeplinirea obligațiilor respective/întârzierea în îndeplinirea acestora reprezintă o abatere gravă sau în cazul în unor abateri/întârzieri repetate.

În același timp, este important de subliniat că legea permite acceptarea în procedură a unui operator economic aflat în situația de excludere care face obiectul prezentei Notificări în cazul în care acesta poate furniza dovezi prin care să arate că a luat măsuri suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea, dovezi care se pot referi inclusiv la

plata penalităților sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate. Referitor la documentele constatatoare, având în vedere că autoritatea contractantă verifică încadrarea operatorilor economici ofertanți în situația de excludere care face obiectul prezentei Notificări prin intermediul documentelor constatatoare emise de către alte autorități contractante, în urma derulării unor contracte de achiziție publică/sectorială/de concesiune cu operatorii economici în cauză, se va avea în vedere faptul că existența unui document constatator în care se menționează încălcarea obligațiilor principale ce-i reveneau contractantului în cadrul unor asemenea contracte NU conduce automat la aplicarea prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016." Conform Art. 167, alin. (1), lit. g) si h) din legea 98/2016 autoritatea contractanta exclude din procedura de atribuire a contractului de achizitie publica/acordului-cadru orice operator economic care se afla in oricare dintre urmatoarele situatii: "g) operatorul economic si-a incalcat in mod grav sau repetat obligatiile principale ce-i reveneau in cadrul unui contract de achizitii publice, al unui contract de achizitii sectoriale sau al unui contract de concesiune incheiate anterior, iar aceste incalcari au dus la incetarea anticipata a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sanctiuni comparabile;

h) operatorul economic s-a facut vinovat de declaratii false in continutul informatiilor transmise la solicitarea autoritatii contractante in scopul verificarii absentei motivelor de excludere sau al indeplinirii criteriilor de calificare si selectie, nu a prezentat aceste informatii sau nu este in masura sa prezinte documentele justificative solicitate".

Astfel, legiuitorul a impus doua conditii cumulative pentru incidenta articolului mentionat mai sus, respectiv: a. neîndeplinirea grava sau repetata a obligatiilor contractuale sa fi fost acuzata de motive imputabile ofertantului și b. încetarea anticipata a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sanctiuni comparabile.

Este important de precizat ca, aceste dispozitii nu opereaza de drept, comisia de evaluare fiind cea care, conform art. 161 alin. (8) din Normele metodologice de aplicare a legii aprobate cu HG 394/2016, analizează documentul constatator si apreciază daca sunt indeplinite conditiile cumulative de excludere.

In concret, nu orice nerespectare a unui contract cauzeaza celeilalte parti prejudicii grave, ci doar acele încălcări rezultate dintr-un "comportament al operatorului economic în cauza care denota o intentie culpabila sau o neglijenta de o anumita gravitate din partea sa" (decizia CEJ in cauza C-465/11, pct 30). Drept urmare, simpla existenta a documentului constatator nu poate conduce in mod obligatoriu la respingerea unei oferte, ci doar daca sunt îndeplinite conditiile cumulative prevazute de legiuitor Drept urmare, DUAЕ reprezinta o declaratie pe proprie raspundere a operatorului economic participant la procedura de achizitie, potrivit careia acesta nu se afla intr-una din situatiile de excludere prevazute de legiuitor si indeplineste criteriile de selectie si calificare cerute de Entitatea Contractanta la nivelul fisei de date a achizitiei. Fiind o declaratie pe proprie raspundere, aceasta reprezinta aprecierea subiectiva a operatorului economic daca sunt sau nu indeplinite

conditiile de excludere prevazute de art. 167 alin. (1) lit. g) si h) din Legea 98/2016 precum si daca acestea imbraca forma unor abateri deosebit de grave, aceasta apreciere subiectiva determinand si alegerea operatorului economic de a bifa sau nu in DUAE o eventuala existenta a certificatelor constatatoare.

Conform Notificare ANAP, este important de subliniat ca legea permite acceptarea in procedura a unui operator economic aflat in situatia de excludere care face obiectul prezentei Notificari in cazul in care acesta poate furniza dovezi prin care sa arate ca a luat masuri suficiente pentru a-și demonstra in concret credibilitatea, dovezi care se pot referi inclusiv la plata penalitatilor sau la asumarea de catre operatorul economic a obligatiei de plata a despagubirilor in ceea ce priveste eventualele prejudicii cauzate. Desi am apreciat ca penalitatile de intarziere nu se datoreaza subscrisei, pentru a dovedi buna-credinta si pentru a evita o posibila viitoare excludere de la procedura de achizitie publica, subscrisa am achitat penalitatile de intarziere calculate atat de SA.

In conformitate cu prevederile Art. 193*) din Legea 98/20156 cu completările si modificările ulterioare (1) Autoritatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAE, constând într-o declarație pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplinește următoarele condiții: a) nu se află în niciuna din situațiile de excludere menționate la art. 164, 165 și 167". Raportat la Art. 171*) - (1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere. (2) In cazul în care autoritatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire. (3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 le poate furniza autorității contractante, în sensul prevederilor alin. (1), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația, și la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite. (31)

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

În conformitate cu Notificarea ANAP cu privire la situația de excludere reglementată la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr.98/2016 privind achizițiile publice, precizează: "pentru ca situația să fie considerată motiv de excludere:

-încetarea anticipată a contractului nu trebuie să fie însoțită în mod obligatoriu și de plata de daune- interese/alte sancțiuni comparabile, dar trebuie să fie o consecință a unei încălcări grave sau a unei încălcări repetate a obligațiilor contractuale principale;

sau

-încălcarea gravă a obligațiilor contractuale nu trebuie să fie și repetată, dar trebuie să fi condus la una dintre consecințele enumerate în teza a doua;

sau

-încălcările repetate nu trebuie să fie grave, dar trebuie să fi condus la una dintre consecințele enumerate în teza a doua. "

Astfel, pentru a fi exclus dintr-o procedură de atribuire în temeiul art. 167 alin.(1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, operatorul economic trebuie:

-fie să fi încălcat în mod grav obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziție publică, al unui contract de achiziție sectorială sau al unui contract de concesiune, încheiate anterior;

-fie să fi încălcat în mod repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziție publică, al unui contract de achiziție sectorială sau al unui contract de concesiune, încheiate anterior, și, în același timp, respectivele încălcări să fi condus:

-fie la încetarea anticipată a respectivului contract, -fie la plata de daune-interese,

-fie la alte sancțiuni comparabile cu una dintre cele două menționate mai sus.

Prin urmare, pentru invocarea acestei situații de excludere, este suficientă îndeplinirea uneia dintre condițiile menționate în prima teză a art. 167 alin. (1) lit. g), cumulativ cu una dintre condițiile menționate în teza a doua, nefiind necesară îndeplinirea cumulativă a tuturor condițiilor prevăzute în prima teză, respectiv a tuturor celor prevăzute în a doua teză.

Se reține ca în cauza NU este reprezentată o situație care SC SRL să o facă în mod repetat, nedevedind incidente articolele anterior menționate care ar trebui îndeplinite cumulativ!!!!

Considerăm ca simpla existență a documentului constatator nr. 52607/22.09.2022, nu conduce în mod automat la excluderea noastră ca operator economic de la procedura de atribuire, respectiv nu am încălcat în mod grav, în mod repetat obligațiile principale, după cum se poate observa din cele 4 documente constatatoare publicate în platforma SEAP, ca doar unul este negativ cu aceasta penalitate stinsă pentru partea de proiectare, noi având calitatea de executant și nu de proiectant, așa cum am detaliat mai sus.

Astfel am furnizat dovezi autorității contractante, plata privind penalitățile de întârziere, efectuată în următoarea zi de la primirea

notificarii de plata, prin care s-a aratat că măsurile luate sunt suficiente si rapide pentru a demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere. Este real că penalitățile de întârziere sunt daune-interese moratorii, dar nu orice întârziere în cadrul unui contract atrage sancțiunea maximă, aceea a excluderii din procedură, mai cu seamă în situația în care operatorul, cu bună credință, achită respectivele penalități.

Întârzierile au o pondere nesemnificativa din valoarea contractului, iar respectiva întârziere nu a produs anumite pagube, respectiv autoritatea contractanta nu a pierdut finanțarea, nu a apelat la serviciile unor terți pentru prestarea serviciilor în locul celor ce trebuiau prestate de catre proiectantul nominalizat."

Ca urmare a răspunsului primit, Autoritatea Contractantă a solicitat clarificări suplimentare prin adresa nr. 10505L/09.06.2023 astfel: *"Avand in vedere ca pentru contractul nr. 378/10.10.2019 - Proiectare si executie "Sala de sport scolara-102 locuri- Scoala generala cls. I-VIII, Daia Romana 649 A, loc. Daia Romana, jud.Alba", s-au stabilit penalitati de intarziere/daune-interese in valoare de 1936,47 lei, iar formularul DUAЕ, ati completat cu mentiunea „NU” la motivul de excludere „Incetare anticipata, daune- interese sau alte sanctiuni comparabile”, va solicitam sa clarificati modul in care indepliniti cerinta neincadrarii in dispozitiile art 167. alin (1) lit. h)) din Legea 98/2016 cu modificarile si completarile ulterioare."*

Contestatorul a răspuns în termenul legal prin adresa nr. 594L/12.06.2023 astfel:

„Prin prezenta, va inaintam formularul DUAЕ revizuit cu mentiunea "DA" la motivul de excludere „Incetare anticipata, daune-interese sau alte sanctiuni comparabile". Avand in vedere faptul ca:

-exista doar un sigur document constatatator din 4 documente constatatoare (va atasam printscreen din SEAP), in care este mentionat faptul ca, contractul nr. 378/10.10.2019 - Proiectare si executie "Sala de sport scolara-102 locuri- Scoala generala cls. I-VIII, Daia Romana 649 A, loc. Daia Romana, jud.Alba" nu a fost indeplinit in mod corespunzator, respectiv exista prejudicii sau pagube, in valoarea de 1936.47 lei, asa cum este inscris la punctul 6 din documentul constatatator nr. 52607/22.09.2022: Prejudicii aduse sau ce ar fi putut fi aduse autoritatii contractante pe perioada derularii contractului (daca este posibil cuantificare valorica a acestora): in valoarea de 1936.47 lei care a fost achitat integral la data prezentei" valoare ce reprezinta penalitatile de intarziere pentru realizarea Proiectului Tehnic din cadrul obiectivului de investitii - contract nr. 378/10.10.2019 - Proiectare si executie "Sala de sport scolara-102 locuri- Scoala generala cls. I-VIII, Daia Romana 649 A, loc. Daia Romana, jud. Alba Si

-realizarea proiectului tehnic, a serviciilor de proiectare si asistenta tehnica au fost prestate de subcontractantul nostru declarat S.C. GRECO PROIECT SOLUTION SRL, noi avand calitatea de executant, asa cum rezulta din procesul verbal de receptie la terminarea lucrarilor nr. 43061/09.08.2022. Reatasam ordinul de plata 862/19.06.2020 prin care s-a achitat integral valoarea penalitatilor serviciilor de proiectare in valoare de 1936.47 lei,

Am considerat ca nu este necesara bifarea casutei "DA " la motivul de excludere „Incetare anticipata, daune-interese sau alte sanctiuni comparabile", avand in vedere faptul ca nu este o dauna repetitiva si penalitatea a fost achitata integral, asa cum este inscris la punctul 6 din documentul constatator nr. 52607/22.09.2022.

Conform Art. 167, alin. (1), lit. g) si h) din legea 98/2016 autoritatea contractanta exclude din procedura de atribuire a contractului de achizitie publica/acordului-cadru orice operator economic care se afla in oricare dintre urmatoarele situatii:

"g) operatorul economic si-a incalcat in mod grav sau repetat obligatiile principale ce-i reveneau in cadrul unui contract de achizitii publice, al unui contract de achizitii sectoriale sau al unui contract de concesiune incheiate anterior, iar aceste incalcari au dus la incetarea anticipata a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sanctiuni comparabile;

h) operatorul economic s-a facut vinovat de declaratii false in continutul informatiilor transmise la solicitarea autoritatii contractante in scopul verificarii absentei motivelor de excludere sau al indeplinirii criteriilor de calificare si selectie, nu a prezentat aceste informatii sau nu este in masura sa prezinte documentele justificative solicitate".

Astfel, legiuitorul a impus doua conditii cumulative pentru incidenta articolului mentionat mai sus, respectiv: a. neindeplinirea grava sau repetata a obligatiilor contractuale sa fi fost acuzata de motive imputabile ofertantului si b. Incetarea anticipata a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sanctiuni comparabile.

Este important de precizat ca, aceste dispozitii nu opereaza de drept, comisia de evaluare fiind cea care, conform art. 161 alin. (8) din Normele metodologice de aplicare a legii aprobate cu HG 394/2016, analizeaza documentul constatator si apreciaza daca sunt indeplinite conditiile cumulative de excludere.

In concret, nu orice nerespectare a unui contract cauzeaza celeilalte parti prejudicii grave, ci doar acele incalcari rezultate dintr-un "comportament al operatorului economic in cauza care denota o intentie culpabila sau o neglijenta de o anumita gravitate din partea sa" (decizia CEJ in cauza C-465/11, pct 30). Drept urmare, simpla existenta a documentului constatator nu poate conduce in mod obligatoriu la respingerea unei oferte, ci doar daca sunt indeplinite conditiile cumulative prevazute de legiuitor. Drept urmare, DUAE reprezinta o declaratie pe proprie raspundere a operatorului economic participant la procedura de achizitie, potrivit careia acesta nu se afla intr-una din situatiile de excludere prevazute de legiuitor si indeplineste criteriile de selectie si calificare cerute de Entitatea Contractanta la nivelul fisei de date a achizitiei. Fiind o declaratie pe proprie raspundere, aceasta reprezinta aprecierea subiectiva a operatorului economic daca sunt sau nu indeplinite conditiile de excludere prevazute de art. 167 alin. (1) lit. g) si h) din Legea 98/2016 precum si daca acestea imbraca forma unor abateri deosebit de grave, aceasta apreciere subiectiva determinand si alegerea operatorului economic de a bifa sau nu in DUAE o eventuala existenta a certificatelor constatatoare. Conform Notificare ANAP, este important de subliniat ca legea permite acceptarea in procedura a unui operator economic aflat in

situatia de excludere care face obiectul prezentei Notificari in cazul in care acesta poate furniza dovezi prin care sa arate ca a luat masuri suficiente pentru a-si demonstra in concret credibilitatea, dovezi care se pot referi inclusiv la plata penalitatilor sau la asumarea de catre operatorul economic a obligatiei de plata a despagubirilor in ceea ce priveste eventualele prejudicii cauzate. Desi am apreciat ca penalitatile de intarziere nu se datoreaza subscrisei, pentru a dovedi buna-credinta si pentru a evita o posibila viitoare excludere de la procedura de achizitie publica, subscrisa am achitat penalitatile de intarziere calculate de SA. Consideram ca simpla existență a documentului constatator nr. 52607/22.09.2022, nu conduce în mod automat la excluderea noastra ca operator economic de la procedura de atribuire, respectiv nu am încălcat în mod grav, în mod repetat obligațiile principale, dupa cum se poate observa din cele 4 documente constatatoare publicate in platforma SEAP, ca doar unul este negativ cu aceasta penalitate stinsa pentru partea de proiectare, noi avand calitatea de executant si nu de proiectant, asa cum am detaliat mai sus. Astfel am furnizat dovezi autorității contractante, plata privind penalitatile de intarziere, efectuata in urmatoarea zi de la primirea notificarii de plata, prin care s-a aratat că măsurile luate sunt suficiente si rapide pentru a demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

Este real că penalitățile de întârziere sunt daune-interese moratorii, dar nu orice întârziere în cadrul unui contract atrage sancțiunea maximă, acea a excluderii din procedură, mai cu seamă în situația în care operatorul, cu bună credință, achită respectivele penalități. Întârzierile au o pondere nesemnificativa din valoarea contractului, iar respectiva întârziere nu a produs anumite pagube, respectiv autoritatea contractanta nu a pierdut finanțarea, nu a apelat la serviciile unor terți pentru prestarea serviciilor în locul celor ce trebuiau prestate de catre proiectantul nominalizat."

În raportul procedurii, Autoritatea Contractantă motivează respingerea contestatorului astfel: (...) „În urma răspunsului ofertantului, comisia de evaluare constată neîncadrarea ofertantului în motivul de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g), însă constată încadrarea ofertei în motivul de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. h) ca urmare a faptului că ofertantul nu a declarat existența documentului constatator nr. 52607/22.09.2022, prin care autoritatea contractantă a constatat nerespectarea termenului contractual la faza de proiectare, ceea ce a condus la aplicarea unor penalități de întârziere în valoare de 1936,47 lei. Faptul că nerespectarea termenului contractual a fost cauzată de un subcontractant al ofertantului este irelevant, deoarece subcontractarea unei părți a obiectului contractului nu modifică și, prin urmare, nu diminuează răspunderea contractantului față de autoritatea contractantă. Lipsită de relevanță este și împrejurarea potrivit căreia acest document constatator ar fi singurul (din patru documente constatatoare emise în total pentru acest operator economic) care cuprinde penalități, întrucât legislația nu condiționează respingerea ofertei de un anumit număr minim de abateri/documente constatatoare nedeclarate. Ofertanții sunt obligați să prezinte în DUAЕ orice potențial motiv de excludere, chiar dacă acesta se încadrează numai în aparență în situațiile prevăzute de art. 167. (...)

Astfel, comisia de evaluare a decis respingerea ofertei depusa de ofertantul SRL ca fiind inacceptabila în baza prevederilor art. 134 alin. (5) Art. 137 alin. (2) lit. b din HG 395/2016 cu modificarile si completarile ulterioare deoarece "clarificarile transmise nu sunt concludente" iar „oferta a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAЕ în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă”, ca urmare a constatarii incidentei dispozițiilor: art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea 98/2016 cu modificarile si completarile ulterioare, având în vedere că operatorul economic nu a menționat în DUAЕ la capitolul „DUAЕ - Partea III: Motive de excludere - C: MOTIVE LEGATE DE INSOLVENȚĂ, CONFLICT DE INTERESE SAU ABATERI PROFESIONALE - Incetare anticipata, daune-interese sau alte sanctiuni comparabile" despre existența certificatului constatatator negativ, fapt ce conduce la „...declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție ... ”;

În ceea ce privește excluderea din procedura de atribuire, potrivit jurisprudenței CJUE, obligația autorității contractante de a exclude un operator economic de la participarea la o procedură de achiziție publică este menită în mod special să îi permită acesteia să aprecieze integritatea și fiabilitatea fiecăruia dintre operatorii economici. În luarea unei astfel de decizii, Autoritatea Contractantă nu a ținut cont de înscrisurile din procesul verbal de recepție la terminarea lucrărilor nr. 43061/09.08.2022 emis de către investitorul S.A fără obiecțiuni, constatări sau penalități de întârziere în executia lucrărilor.

În completarea DUAЕ, contestatorul susține că nu a considerat existența documentului constatatator nr. 52607/22.09.2022 ca fiind o abatere profesională, însă la a doua solicitare acesta a revizuit, în concordanță cu concluzia Autorității Contractante, DUAЕ și l-a retransmis. Totodată în conformitate cu art. 171 alin. (1) *Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.* Astfel, contestatorul precizează că a furnizat dovezi autorității contractante, plata privind penalitățile de întârziere, efectuată în următoarea zi de la primirea notificării de plată, prin care s-a arătat că măsurile luate sunt suficiente și rapide pentru a demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere. Admite petentul faptul că penalitățile de întârziere sunt daune-interese moratorii, dar nu orice întârziere în cadrul unui contract atrage sancțiunea maximă, cea a excluderii din procedură, mai cu seamă în situația în care operatorul, cu bună credință, achită respectivele penalități.

Nu orice neîndeplinire a unor clauze contractuale poate să genereze aplicarea dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, după cum nu orice document constatatator trebuie să conducă, *tale quale*, la respingerea ofertantului, legiuitorul impunând comisiei de evaluare verificarea îndeplinirii condițiilor cumulative prevăzute la articolul respectiv. Legiuitorul impune emitentului certificatului o anumită procedură, și

includerea anumitor elemente de fond ale certificatului, respectiv dacă 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 de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Faptul ca Autoritatea Contractantă consideră neîncadrarea ofertantului în motivul de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g), însă constată încadrarea ofertei în motivul de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. h) și constată în același timp o inadvertență de fond, în ceea ce privește completarea secțiunii III Motive de excludere, pct. C Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, nu ar fi trebuit în opinia contestatorului să solicite seria a doua de clarificări: inadvertențe de fond, respectiv erori/omisiuni ale informațiilor, în raport cu care nu există posibilitatea de a solicita clarificări.(cf inscristurilor din cadrul documentului Notificare privind utilizarea DUAE în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectoriale).

Potentul afirmă că a considerat că prin revizuirea DUAE a îndreptat inadvertența de formă și a transmis și documente justificative actualizate, prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE revizuit.

Având în vedere punctajul maxim obținut (100 puncte), respectiv cel mai mic preț ofertat de contestator, acesta își pune întrebarea legată de utilizarea eficientă a fondurilor publice, în momentul în care Autoritatea, exclude din procedură un ofertant care, în opinia sa nu îndeplinește condițiile DUAE, nu prin faptul că ar fi comis abateri grave, repetate ci prin faptul că ar fi completat DUAE cu *„declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție ...”*

În cazul în care, în soluționarea acestui demers, se constată că procedura în discuție este viciată, dincolo de remediere, contestatorul solicită anularea procedurii de atribuire

Față de toate considerentele de natură legală expuse în cuprinsul prezentei, contestatorul solicită Consiliului să admită contestația astfel cum a fost formulată.

Prin adresa nr., înregistrată la Consiliu sub nr. ..., autoritatea contractantă formulează Punct de vedere la contestația depusă de SRL, solicitând respingerea acesteia ca nefondată pentru următoarele motive:

Autoritatea contractantă susține că la procedura în cauză au participat 3 ofertanți, respectiv:

1. Asocierea ...S.R.L.
2. ... S.R.L.
3. Asocierea S.R.L.

În urma aplicării criteriului de atribuire și a algoritmului de calcul asociat, comisia de evaluare a declarat admisibilă oferta S.R.L. și i-a solicitat, în baza art. 196 alin. 2 din Legea 98/2016, prezentarea documentelor justificative actualizate prin care să demonstreze

îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAЕ.

Pentru a verifica neîncadrarea în prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, comisia de evaluare a verificat platforma SEAP - documente constatoare, bifând opțiunea „Există prejudicii sau pagube”, rezultatul fiind pozitiv.

Comisia de evaluare a decis, să respingă oferta ... S.R.L., ca inacceptabilă, în baza prevederilor:

- art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, având în vedere că operatorul economic nu a menționat nici în formularul DUAЕ la capitolul „C: MOTIVE LEGATE DE INSOLVENȚĂ, CONFLICT DE INTERESE SAU ABATERI PROFESIONALE” și nici în răspunsul la solicitarea de clarificări (documente suport DUAЕ), despre existența documentului constatator negativ, aspect ce conduce la „... declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție...”.

Referitor la critica privind faptul că oferta S.R.L. a fost respinsă întrucât se încadrează în situația de excludere prevăzută de art. 167 lit. (h), coroborat cu prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, autoritatea contractantă o consideră neîntemeiată, după cum va arăta în cele ce urmează:

Prin documentația de atribuire (fișa de date a achiziției pct. III. 1.1 a) Situația personală a candidatului sau ofertantului) s-a prevăzut că:

„Ofertanții, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, 165, 167 din Legea nr.98/2016.

Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței: se va completa DUAЕ de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire (inclusiv eventualii terți și subcontractanți) cu informațiile aferente situației lor.

Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ urmează a fi prezentate, la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul / în urma aplicării criteriului de atribuire.

În formularul DUAЕ, în secțiunea C - „Motive legate de insolvență, conflict de interese sau alte abateri profesionale - Vinovat de comiterea unei abateri profesionale grave”, operatorul economic a bifat (completat) „NU”.

În urma aplicării criteriului de atribuire, „cel mai bun raport calitate - preț”, comisia de evaluare a solicitat ofertantului S.R.L., clasat pe locul I, să prezinte documentele justificative DUAЕ.

În urma verificării documentelor-suport/dovezilor și a platformei SEAP - "Documente constatoare", comisia de evaluare a identificat document constatator negativ, astfel prin adresa nr. 10294 L/07.06.2023 i s-a solicitat ofertantului următoarea clarificare:

„Comisia de evaluare va solicita să clarificați cum indepliniți inexistența motivelor de excludere prevăzute la art. 167 alin (1) lit.(g) din Legea 98/2016 cu modificările și completările ulterioare, având în

vedere ca s-a identificat in SEAP următorul document constatator negativ aferent societatii SRL: document constatator nr. 52607 din data de 22.09.2022."

Ofertantul a răspuns în termen, răspunsul fiind semnat cu semnătură electronică, bazată pe un certificat digital emis de un furnizor acreditat, prin adresa nr. 429/27.04.2023, înregistrată la SA cu nr. 10472 din 09.06.2023.

Prin răspunsul transmis, ofertantul recunoaște existența documentului constatator nr. 52607/22.09.2022, a nerespectării termenului contractual la faza de proiectare ceea ce a condus la aplicarea unor penalități de întâziere în valoare de 1936,47 lei, precizând, de asemenea, că „este real că penalitățile de întârziere sunt daune-interese".

În același răspuns transmis autorității contractante, ofertantul menționează și că „Fiind o declarație pe proprie răspundere, aceasta reprezintă aprecierea subiectivă a operatorului economic dacă sunt sau nu îndeplinite condițiile de excludere prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016 precum și dacă acestea îmbracă forma unor abateri deosebit de grave, această apreciere subiectivă determinând și alegerea operatorului economic de a bifa sau nu în DUAЕ o eventuală existență a certificatelor constatatoare."

Autoritatea contractantă a luat notă de achitarea respectivelor daune-interese (penalități de întârziere) însă constată nedeclararea acestora în DUAЕ, aceasta fiind o obligație a operatorului economic independent de achitarea lor și de aprecierea subiectivă a operatorului economic cu privire la modul de îndeplinire a condițiilor de excludere.

Având în vedere cele menționate mai sus, comisia de evaluare a considerat necesară o nouă solicitare de clarificari, transmisă prin adresa nr. 10505L/09.06.2023, după cum urmează:

„Având în vedere că pentru contractul nr. 378/10.10.2019 - Proiectare și execuție "Sală de sport școlară~102 locuri- Școala generală cls. I-VHI, Oaia Romana 649 A, loc. Daia Romana, jud.Alba, s-au stabilit penalități de întârziere/daune-interese în valoare de 1936,47 lei, iar formularul DUAЕ, ați completat cu mențiunea „NU" la motivul de excludere „încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabilevă solicităm să clarificați modul în care îndepliniți cerința neîncadrării în dispozițiile art 167. alin (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare."

La această solicitare de clarificări, ofertantul a răspuns în termen, prin adresa nr. 594/12.06.2023, înregistrată la SA cu nr. 10664L din 13.06.2023, răspunsul fiind semnat cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat digital emis de un furnizor acreditat.

Prin răspunsul transmis, ofertantul recunoaște nedeclararea, în DUAЕ completat și depus în ofertă, a documentului constatator nr. 52607/22.09.2022. Totodată, cu toate că nu aceasta a fost solicitarea autorității contractante, ofertantul a depus, anexat răspunsului la solicitarea de clarificări, un DUAЕ revizuit, înlocuind mențiunea inițială „NU", cu „DA" și prezentând explicații în sensul măsurilor luate.

De asemenea, ofertantul reia mențiunile din cadrul răspunsului la solicitarea de clarificări anterioară nr. 10294L/07.06.2023, recunoscând

existența documentului constatator nr. 52607/22.09.2022, a nerespectării termenului contractual la faza de proiectare, ceea ce a condus la aplicarea unor penalități de întârziere în valoare de 1936,47 lei, a faptului că „este real că penalități le de întârziere sunt daune-interese”, dar menționând că, *„fiind o declarație pe proprie răspundere, aceasta reprezintă aprecierea subiectivă a operatorului economic dacă sunt sau nu îndeplinite condițiile de excludere prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016, precum și dacă acestea îmbracă forma unor abateri deosebit de grave, această apreciere subiectivă determinând și alegerea operatorului economic de a bifa sau nu în DUAЕ e eventuală existență a certificatelor constatatoare”*.

Contrar acestei susțineri a contestatorului, în sensul că operatorul economic are dreptul de a evalua gravitatea abaterii, precum și aprecierea necesității menționării existenței certificatelor constatatoare legiuitorului comunitar, prin Directiva 2014/24/UE a reglementat următoarele:

„Autorităților contractante ar trebui să li se ofere în continuare posibilitatea de a exclude operatorii economici care s-au dovedit a nu fi fiabili, de exemplu din motive de încălcare a obligațiilor de mediu sau sociale, inclusiv a normelor privind accesibilitatea pentru persoanele cu handicap sau alte forme de comitere a unei abateri profesionale grave, cum ar fi încălcări ale normelor de concurență sau a drepturilor de proprietate intelectuală. Ar trebui să se clarifice faptul că abaterile profesionale grave pot arunca un dubiu asupra integrității unui operator economic și astfel fac ca operatorul economic să devină inadecvat pentru a i se atribui un contract de achiziții publice, chiar dacă operatorul economic deține capacitatea tehnică și economică de a executa contractul.

Ținând seama de faptul că autoritatea contractantă va fi responsabilă pentru consecințele eventualei sale decizii eronate, autoritățile contractante ar trebui, de asemenea, să dispună în continuare de libertatea de a considera că a existat o abatere profesională gravă, în cazul în care, înainte de luarea unei decizii finale și obligatorii privind prezența motivelor obligatorii de excludere, pot demonstra, prin orice mijloace adecvate, că operatorul economic a încălcat obligațiile care îi revin, inclusiv obligațiile legate de plata impozitelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale, cu excepția unor dispoziții contrare dreptul intern. Acestea ar trebui, de asemenea, să fie în măsură să excludă candidați sau ofertanți a căror performanță în alte contracte de achiziții publice din trecut a arătat deficiențe majore în ceea ce privește cerințele de fond, de exemplu, nerespectarea obligației de a furniza sau de a executa, deficiențe semnificative ale produsului sau ale serviciului furnizat, ceea ce le face inutilizabile pentru scopul propus, sau un comportament necorespunzător care aruncă îndoieli serioase cu privire la fiabilitatea operatorului economic. Legislația națională ar trebui să prevadă o durată maximă pentru aceste excluderi.”

Cu privire la depunerea de către contestator a DUAЕ revizuit, prin înlocuirea mențiunii inițiale „NU”, cu „DA”, autoritatea contractantă apreciază că aceasta reprezintă o asumare a culpei în completarea documentației, însă comisia de evaluare, în mod corect, a apreciat că ofertantul nu își poate invoca propria culpă, iar modificarea ofertei este inadmisibilă în acest moment al derulării procedurii de atribuire.

În urma răspunsului ofertantului, comisia de evaluare a observat neîncadrarea ofertantului în motivul de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g), însă a constatat încadrarea ofertei în motivul de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. h) ca urmare a faptului că ofertantul nu a declarat existența documentului constatator nr. 52607/22.09.2022, prin care autoritatea contractantă a menționat nerespectarea termenului contractual la faza de proiectare, ceea ce a condus la aplicarea unor penalități de întârziere în valoare de 1936,47 lei.

Faptul că nerespectarea termenului contractual a fost cauzată de un subcontractant al ofertantului este irelevant în opinia Autorității, deoarece subcontractarea unei părți a obiectului contractului nu modifică și, prin urmare, nu diminuează răspunderea contractantului față de autoritatea contractantă.

Ofertanții sunt obligați să prezinte în DUAE orice potențial motiv de excludere, chiar dacă acesta se încadrează numai în aparență în situațiile prevăzute de art. 167.

Astfel, în DUAE, la Partea III Motive de excludere, pct. C Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, față de situația de *„Încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile. Operatorul economic s-a aflat într-o situație în care un contract de achiziții publice anterior, un contract anterior încheiat cu o entitate contractantă sau un contract de concesiune anterior a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni comparabile în legătură cu respectivul contract anterior?”* ofertantul a răspuns NU, cu toate că avea un astfel de document constatator emis pentru execuție necorespunzătoare a contractului.

Or, un astfel de demers al ofertantului conduce la respingerea ofertei în condițiile prevederilor art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, deoarece motivul de excludere prevăzut de art. 167 alin. 1 lit. h) constituie o sancțiune pentru o neregularitate procedurală, intervenită în cadrul procedurii de atribuire publică în curs de desfășurare, ce are ca scop garantarea includerii de informații corecte în scopul verificării absenței oricărui motiv de excludere, inclusiv a celui prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g).

Completarea declarației pe propria răspundere, față de sancțiunea prevăzută de art. 167 alin. 1 lit. h), trebuie să se realizeze cu maximă sinceritate, ofertanții fiind obligați să ofere informațiile aferente situației lor, complete și reale, chiar dacă nu se regăsesc în situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167 din Legea nr. 98/2016, în sensul de a fi excluși, pentru analizarea acestor aspecte și a relevanței datelor prezentate, urmează a se solicita documente justificative, însă regula este de a oferi informațiile corespunzătoare fiecărui ofertant.

În acest sens, autoritatea contractantă susține că prin completarea DUAE și prin aducerea la cunoștință a unei situații aparente, ofertantul nu se autoexclue din procedură, iar acesta nu are dreptul de a aprecia în mod unilateral și subiectiv dacă situația în care s-a aflat într-un contract de achiziții publice, contract de achiziții sectorial sau contract de concesiune încheiat anterior corespunde gradului de gravitate a încălcării obligațiilor principale, respectiv ce alte sancțiuni aplicate sunt comparabile

cu încetarea anticipată a respectivului contract sau plata de daune-interese.

Mai mult, conform Notificării privind utilizarea DUAЕ în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectoriale (<https://anap.gov.ro/web/notificare-privind-utilizarea-duae-in-procedurile-de-atribuire-a-contractelor-de-achizitie-publicasectoriale/>), prezentul caz se încadrează în categoria situațiilor în care autoritatea contractantă are obligația respingerii ofertei, fiind vorba despre inadvertențe de fond, ce „reprezintă acele informații completate de către ofertanți/candidați care nu confirmă îndeplinirea cerințelor minime de calificare/selecție formulate de către autoritatea/entitatea contractantă în fișa de date a achiziției”, spre deosebire de inadvertențele de formă, unde „informațiile sunt susținute de alte precizări existente la nivelul aceluiași DUAЕ sau a DUAЕ depus de subcontractant/terț susținător/asociat”.

Astfel, comisia de evaluare a decis respingerea ofertei depuse de ofertantul S.R.L. ca fiind inacceptabilă în baza prevederilor art. 134 alin. (5), art. 137 alin. (2) lit. b din HG 395/2016 cu modificările și completările ulterioare deoarece: "clarificările transmise nu sunt concludente" iar „oferta a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAЕ în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă ca urmare a constatării incidenței dispozițiilor:

- art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare, având în vedere că operatorul economic nu a menționat în DUAЕ la capitolul „DUAЕ - Partea III: Motive de excludere - C: MOTIVE LEGATE DE INSOLVENȚĂ, CONFLICT DE INTERESE SAU ABATERI PROFESIONALE - încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile" despre existența certificatului constatat negativ, fapt ce conduce la „...declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție ...”.

Se arată că informații detaliate despre rezultatul verificării documentelor suport se regăsesc în procesul verbal nr. 10806L/14.06.2023.

Totodată, conform Notificării Agenției Naționale pentru Achiziții Publice din data de 18.06.2021, pentru a fi exclus dintr-o procedură de atribuire în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, operatorul economic trebuie:

- fie să fi încălcat în mod grav obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziție publică, al unui contract de achiziție sectorială sau al unui contract de concesiune, încheiate anterior;

- fie să fi încălcat în mod repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziție publică, al unui contract de achiziție sectorială sau al unui contract de concesiune, încheiate anterior,

și, în același timp, respectivele încălcări să fi condus:

- fie la încetarea anticipată a respectivului contract,

- fie la plata de daune-interese,

- fie la alte sancțiuni comparabile cu una dintre cele două menționate mai sus.

Prin urmare, pentru invocarea acestei situații de excludere, este suficientă îndeplinirea uneia dintre condițiile menționate în prima teză a art. 167 alin. (1) lit. g), cumulativ cu una dintre condițiile menționate în teza a doua, nefiind necesară îndeplinirea cumulativă a tuturor condițiilor prevăzute în prima teză, respectiv a tuturor celor prevăzute în a doua teză.

Autoritatea contractantă consideră că relevante în soluționarea prezentei contestații sunt și prevederile art. 166 alin. (8) din normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, conform cărora: „Atunci când la decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatat, comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege.”

De asemenea, contrar celor susținute de către contestor, autoritatea contractantă consideră că în prezenta speță nu sunt aplicabile dispozițiile art. 171 din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările, conform cărora:

„(1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

(3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 le poate furniza autorității contractante, în sensul prevederilor alin. (1), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația, și la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite”.

Se menționează de către autoritatea contractantă că prin aceste prevederi, legiuitorul a stabilit în mod clar care sunt situațiile în care, pe parcursul derulării unei proceduri de atribuire, operatorii economici care se încadrează în situații de excludere pot furniza dovezi care să arate că măsurile luate sunt suficiente pentru a-și demonstra credibilitatea, respectiv trebuie îndeplinite cumulativ următoarele condiții:

- să se încadreze în situațiile de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167 din Legea nr. 98/2016;

- dovezile pe care operatorul economic le poate furniza se referă la achitarea eventualelor prejudicii, la adoptarea unor măsuri adecvate și concrete la nivel tehnic și organizațional, în materie de personal, implementarea unor sisteme de control și raportare etc.

Legiuitorul nu a prevăzut ce măsuri ar putea să adopte un operator economic în situația în care aceasta alege cu intenție să nu declare, că se încadrează în situații de excludere, fiind decizia autorității contractante dacă continuă procedura prin declararea acestuia drept câștigător sau decide respingerea ofertei.

În cazul operatorului economic S.R.L., comisia de evaluare a constatat faptul că, deși se afla într-o situație de excludere, în SEAP fiind publicat document constatator negativ, acesta nu a înțeles nici să declare existența acestuia în Formularul DUAЕ, nici să menționeze faptul că legalitatea emiterii/publicării acestora a fost contestată, nici să precizeze dacă a luat anumite măsuri pentru a-și demonstra credibilitatea.

Autoritatea contractantă consideră că în situația în care oferta nu era respinsă, se încălca principiul tratamentului egal față de potențialii ofertanți care și-ar fi dorit, însă nu au participat la procedură știind că dețin asemenea documente.

Autoritatea contractantă consideră că, în mod corect, comisia de evaluare a constatat că nu sunt întrunite condițiile prevăzute la art. 171 din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, pentru a solicita operatorului economic S.R.L. să furnizeze dovezi din care să reiasă că a luat măsuri care să demonstreze credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

De asemenea, apreciază Autoritatea că în prezenta cauză își găsesc aplicare dispozițiile art. 171 alin. (31) și (32) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, potrivit cărora, *„Autoritatea contractantă evaluează măsurile luate de operatorii economici și dovedite în conformitate cu prevederile alin. (3), ținând seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale infracțiunii sau abaterii avute în vedere”, iar „în cazul în care măsurile prevăzute la alin. (31) sunt considerate insuficiente de către autoritatea contractantă, aceasta transmite operatorului economic o expunere a motivelor care au condus la luarea deciziei de excludere a acestuia din procedura de atribuire”.*

Autoritatea contractantă consideră că, în mod corect, comisia de evaluare a decis să respingă oferta depusă de către S.R.L., întrucât aceasta se încadrează în situația de excludere prevăzută de art. 167 lit. (h) coroborat cu prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Având în vedere cele de mai sus, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr., ... SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr., emisă de, în valoare de .. RON, potrivit dispozițiilor art. 61¹ din Legea nr. 101/2016.

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

..... SA, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „Proiectare, execuție lucrări și asistență tehnică din

partea proiectantului pentru obiectivul de investiții: Reabilitarea, modernizarea, dotarea și extinderea sediului Primăriei, sat Sâniob nr. 199, comuna Sâniob, județul", cod CPV 45200000-9. În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare simplificat nr., criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”.

În Raportul procedurii nr. 12455L/04.07.2023, s-a consemnat depunerea a 3 oferte, respingerea unei oferte, admisibilitatea celorlalte 2 oferte, printre care și a contestatorului, aceasta fiind desemnată inițial câștigătoarea procedurii, cu un punctaj total de 100 puncte; în urma verificării documentelor-suport/dovezilor pentru demonstrarea informațiilor din DUAЕ, oferta SRL a fost respinsă ca inacceptabilă, iar oferta depusă de Asocierea SRL a devenit câștigătoarea procedurii, cu o propunere financiară de 4.016.355,35 lei fără TVA.

Împotriva rezultatului procedurii de atribuire, ... SRL a formulat contestația care face obiectul dosarului nr.

Analizând susținerile părților, coroborate cu înscrisurile aflate la dosarul cauzei și având în vedere dispozițiile legale în materie, Consiliul urmează să admită contestația formulată de SRL, pentru considerentele ce se vor arăta în continuare.

Potrivit documentelor aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține că autoritatea contractantă a decis să respingă oferta depusă de către SRL, întrucât aceasta se încadrează în situația de excludere prevăzută de art. 167 lit. (h) coroborat cu prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Consiliul mai reține și faptul că autoritatea contractantă a transmis contestatorului solicitarea de clarificări nr. 10294L/07.06.2023, cu următorul conținut: „Comisia de evaluare va solicita să clarificați cum indepliniți inexistența motivelor de excludere prevăzute la art. 167 alin. (1) lit.(g) din Legea 98/2016 cu modificările și completările ulterioare, având în vedere că s-a identificat în SEAP următorul document constatat negativ aferent societății SRL: document constatat nr. 52607 din data de 22.09.2022”,

La această solicitare contestatorul a formulat în termen răspunsul înregistrat sub nr. 429/27.04.2023 astfel:

„Prin prezenta, facem următoarele precizări privind documentul constatat nr. 52607/22.09.2022 aferent societății SC SRL. - conform punctului 6 din documentul constatat nr. 52607/22.09.2022: "Prejudicii aduse sau ce ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului (daca este posibil cuantificare valorică a acestora): 1936.47 lei achitat integral la data prezentei", valoare ce reprezintă penalitățile de întârziere pentru realizarea Proiectului Tehnic din cadrul obiectivului de investiții - contract nr. 378/10.10.2019 - Proiectare și execuție "Sala de sport școlară-102 locuri- Școala generală cls. I-VIII, Daia Romană 649 A, loc. Daia Romană, jud. Alba. Precizăm faptul că serviciile de proiectare și asistență tehnică au fost prestate de subcontractantul nostru declarat S.C. SRL, noi având calitatea de executant, așa cum rezulta din procesul verbal de recepție la terminarea lucrărilor nr. 43061/09.08.2022.

Atasăm ordinul de plată 862/19.06.2020 prin care s-a achitat integral valoarea penalităților serviciilor de proiectare în valoare de 1936.47 lei, în urma primirii adresei nr. 12446/18.06.2020 - notificare de plată;

-conform procesului verbal de receptie la terminarea lucrarilor nr. 43061/09.08.2022 emis de catre investitorul S.A. s-a admis receptia la terminarea lucrarilor pentru obiectivului de investitii - contract nr. 378/10.10.2019 - Proiectare si executie "Sala de sport scolara-102 locuri- Scoala generala cls. I-VIII, Daia Romana 649 A, loc. Daia Romana, jud. Alba, fara obiectiuni, constatari sau penalitati de intarziere in executia lucrarilor.

Atasam procesului verbal de receptie la terminarea lucrarilor nr. 43061/09.08.2022..."

Ca urmare a raspunsului primit, autoritatea contractantă a solicitat clarificări suplimentare prin adresa nr. 10505L/09.06.2023 astfel: "Avand in vedere ca pentru contractul nr. 378/10.10.2019 - Proiectare si executie "Sala de sport scolara-102 locuri- Scoala generala cls. I-VIII, Daia Romana 649 A, loc. Daia Romana, jud.Alba", s-au stabilit penalitati de intarziere/daune-interese in valoare de 1936,47 lei, iar formularul DUAЕ, ati completat cu mentiunea „NU" la motivul de excludere „Incetare anticipata, daune- interese sau alte sanctiuni comparabile", va solicitam sa clarificati modul in care indepliniti cerinta neincadrarii in dispozitiile art 167. alin (1) lit. h)) din Legea 98/2016 cu modificarile si completarile ulterioare."

Contestatorul a raspuns în termenul legal prin adresa nr. 594L/12.06.2023 astfel:

„Prin prezenta, va inaintam formularul DUAЕ revizuit cu mentiunea "DA" la motivul de excludere „Incetare anticipata, daune-interese sau alte sanctiuni comparabile". Avand in vedere faptul ca:

-exista doar un sigur document constatatator din 4 documente constatatoare (va atasam printscreen din SEAP), in care este mentionat faptul ca, contractul nr. 378/10.10.2019 - Proiectare si executie "Sala de sport scolara-102 locuri- Scoala generala cls. I-VIII, Daia Romana 649 A, loc. Daia Romana, jud.Alba" nu a fost indeplinit in mod corespunzator, respectiv exista prejudicii sau pagube, in valoarea de 1936.47 lei, asa cum este inscris la punctul 6 din documentul constatatator nr. 52607/22.09.2022: Prejudicii aduse sau ce ar fi putut fi aduse autoritatii contractante pe perioada derularii contractului (daca este posibil cuantificare valorica a acestora): in valoarea de 1936.47 lei care a fost achitat integral la data prezentei" valoare ce reprezinta penalitatile de intarziere pentru realizarea Proiectului Tehnic din cadrul obiectivului de investitii - contract nr. 378/10.10.2019 - Proiectare si executie "Sala de sport scolara-102 locuri- Scoala generala cls. I-VIII, Daia Romana 649 A, loc. Daia Romana, jud. Alba Si

-realizarea proiectului tehnic, a serviciilor de proiectare si asistenta tehnica au fost prestate de subcontractantul nostru declarat S.C. ...SRL, noi avand calitatea de executant, asa cum rezulta din procesul verbal de receptie la terminarea lucrarilor nr. 43061/09.08.2022. Reatasam ordinul de plata 862/19.06.2020 prin care s-a achitat integral valoarea penalitatilor serviciilor de proiectare in valoare de 1936.47 lei,

Am considerat ca nu este necesara bifarea casutei "DA " la motivul de excludere „Incetare anticipata, daune-interese sau alte sanctiuni comparabile", avand in vedere faptul ca nu este o dauna repetitiva si

penalitatea a fost achitata integral, asa cum este in scris la punctul 6 din documentul constatator nr. 52607/22.09.2022..."

Potrivit dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea 98/2016, autoritatea contractanta exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se afla în oricare dintre următoarele situații:

g) operatorul economic si-a incalcat in mod grav sau repetat obligatiile principale ce-i reveneau in cadrul unui contract de achizitii publice, al unui contract de achizitii sectoriale sau al unui contract de concesiune incheiate anterior, iar aceste incalcari au dus la incetarea anticipata a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sanctiuni comparabile;

h) operatorul economic s-a facut vinovat de declaratii false in continutul informatiilor transmise la solicitarea autoritatii contractante in scopul verificarii absentei motivelor de excludere sau al indeplinirii criteriilor de calificare si selectie, nu a prezentat aceste informatii sau nu este in masura sa prezinte documentele justificative solicitate".

Având în vedere dispozițiile legale anterior citate, Consiliul apreciază că decizia de excludere a ofertei SRL nu este justificată, întrucât în cauză nu sunt incidente aceste prevederi din materia achizițiilor publice.

Astfel, nu orice nerespectare a unui contract cauzează celeilalte părți prejudicii grave, ci doar acele încălcări rezultate dintr-un „comportament al operatorului economic în cauza care denota o intenție culpabilă sau o neglijență de o anumită gravitate din partea sa” (decizia CEJ în cauza C-465/11, pct 30). Drept urmare, simpla existența a documentului constatator nu poate conduce în mod obligatoriu la respingerea unei oferte, ci doar dacă sunt îndeplinite condițiile cumulative prevăzute de legiuitor.

Ori, în speță, contestatorul SRL a explicat concret și concludent motivele pentru care nu a considerat necesară declararea documentului constatator nr. 52607 din data de 22.09.2022 în formularul DUAE depus inițial. Faptul că, potrivit punctului 6 din documentul constatator nr. 52607/22.09.2022 a fost menționat „Prejudicii aduse sau ce ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului (dacă este posibil cuantificare valorică a acestora): 1936.47 lei achitat integral la data prezentei” este relevant și conduce, în opinia Consiliului, la inexistența situațiilor de excludere prevăzute de dispozițiile art.167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea 98/2016. Astfel, în cazul documentului constatator nr. 52607 din data de 22.09.2022, nu se poate afirma faptul că SRL și-ar fi încălcat grav obligațiile contractuale iar aceste încălcări ar fi dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile, întrucât singura neconformitate a fost depășirea termenului în ceea ce privește proiectarea, depășire ce a fost cuantificată în suma de 1936,47 de lei, sumă achitată de îndată de operatorul economic contestator. De asemenea, contestatorul, prin răspunsul la cea de a doua solicitare de clarificări, a furnizat dovezi autorității contractante, plata privind penalitățile de întârziere, efectuată în următoarea zi de la primirea notificării de plată fiind suficientă pentru a demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

În aceste condiții, Consiliul apreciază că decizia de excludere a ofertei SRL nu are suport legal și încalcă principiul proporționalității prevăzut de dispozițiile art.2 alin.(2) lit.e) din Legea nr.98/2016.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) lit.a) și b) și alin.(5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SRL și va dispune

anularea deciziei de respingere ca inacceptabilă a ofertei SRL, anularea raportului procedurii nr. 12455L/04.07.2023 și a tuturor comunicărilor subsecvente acestuia, în partea care privește oferta SRL, precum și continuarea procedurii prin reevaluarea ofertei SRL potrivit motivării, în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei decizii.

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

CONSILIUL DISPUNE:

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) lit.a) și b) și alin.(5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă SA.

Dispune anularea deciziei de respingere ca inacceptabilă a ofertei SRL, anularea raportului procedurii nr.12455L/04.07.2023 și a tuturor comunicărilor subsecvente acestuia, în partea care privește oferta SRL.

Dispune continuarea procedurii prin reevaluarea ofertei SRL potrivit motivării, în termen de 10 zile de la comunicare.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.