CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR
C.N.S.C.
Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, Bucureşti, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...../...../.....
Data: .....

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., înaintată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerţului sub nr. ....., având CUI ....., reprezentată legal prin ..... – Administrator, formulată împotriva rezultatului evaluării DUAE, ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 40684/17.04....., emis de ....., cu sediul în ....., ..., județul ....., în calitate de autoritate contractantă în procedura simplificată, organizată în vederea atribuirii unui contract de lucrări (proiectare și execuție) având ca obiect „Extindere rețele utilități și căi de circulație în zona Cartier Gării Noi din ..... - alimentare cu apă, canalizare menajeră şi pluvială, căi de circulație rutieră şi pietonală (proiectare, asistență tehnică din partea proiectantului şi execuție de lucrări)”, cu anunț de participare simplificat nr. ....., publicat în SEAP la 23.01....., s-a solicitat Consiliului „admiterea contestației cu consecința:

- anulării adresei de comunicare înregistrată cu nr. 40684/17.04.....;
- anulării raportului de evaluare în ceea ce privește oferta subscrisei;
- reevaluarea ofertei depuse de subscrisa şi constatarea admisibilității acesteia”.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,

asupra cauzei de față, constată următoarele:

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., SC ..... SRL atacă rezultatul evaluării DUAE, ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 40684/17.04....., emis de ....., în calitate de autoritate contractantă, în procedura amintită, considerând că decizia acesteia din urmă, de a-i respinge oferta este netemeinică și nelegală, motivat de faptul că și-ar fi încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul a două contracte.

Preliminar, contestatoarea arată că a transmis, la solicitarea autorității contractante, documentele care dovedesc că au fost acționate în judecată autoritățile contractante cu privire la documentele constatatoare nr. ..../22.06.2017 și nr. ..../25.04.2016.

Invocând punctul de vedere formulat de ANAP, pe site-ul propriu, în cadrul secțiunii *Biblioteca de spețe*, speța 243, contestatoarea arată că penalitățile de întârziere ce i-au fost imputate, prin documentul constatator nr. ..../22.06.2017, emis de ...., nu o aduc în situația de excludere prevăzută la art. 171 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Contestatoarea precizează că, în cuprinsul documentului constatator emis de .... cu nr. ..../22.06.2017, se menționează plata de daune interese fără a fi menționat în mod expres care sunt despăgubirile în bani pe care ar trebui să le plătească în scopul reparării prejudiciului suferit de beneficiar ca urmare a neexecutării culpabile a obligațiilor contractuale.

Nestabilirea de către autoritatea contractantă a prejudiciului cauzat, face imposibilă determinarea întinderii prejudiciului şi, implicit, operatorul economic se află în imposibilitatea de a lua eventuale măsuri de atenuare a efectelor produse în sensul prevederilor art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Așa cum este menționat şi în punctul de vedere emis de ANAP, în cazul constatării unei sancțiuni privind *plata de daune-interese*, este necesar să se realizeze demersuri suplimentare, în vederea demonstrării existenței unui eventual prejudiciu pe care l-a creat beneficiarului .... şi, implicit, inițierea unor demersuri de recuperare a acestuia, demersuri pe care .... nu le-a inițiat.

În opinia contestatoarei, declararea existenței de daune-interese fără a fi cuantificate şi demonstrate de către autoritatea contractantă nu denotă o anumită gravitate a rezultatului activității din partea operatorului economic, astfel încât să se afle în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, pentru ca unui operator economic să i se poată aplica prevederile art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/....., respectiv posibilitatea de a depune dovezi care să confirme efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor, acesta ar trebui să cunoască cuantumul prejudiciului adus beneficiarului contractului de execuție de lucrări.

Întrucât, până la data participării la prezenta procedură, nu există niciun document emis de ...., prin care să se demonstreze un cuantum al prejudiciului creat, contestatoarea apreciază că adresa nr. MBR TRZ 50104 din 03.10.2017, prin care s-a procedat la executarea sumei de 48.447,12 lei, reprezintă o dovadă în sensul prevederilor art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, dovadă prin care SC ..... SRL își demonstrează credibilitatea, pentru a fi acceptat ca ofertant în cadrul prezentei proceduri de atribuire.

De altfel, contestatoarea susține că executantul nu s-a putut încadra în termenul de finalizare a lucrărilor din motive obiective, independente de culpa sa, solicitând în mai multe rânduri prelungirea duratei de execuție, motivele de prelungire fiind indicate în adresele nr. 1112/30.05.2016, nr. 2021/20.09.2016, nr. 400/23.03.2017, nr. 628/20.04.2017, nr. 635/21.04.2017 și nr. 749/08.05.2017.

Mai mult, contestatoarea arată că a formulat ”plângere prealabilă” la Tribunalul ....., Secţia a II-a Contencios Administrativ şi Fiscal, dosar nr. 2558/3/....., dosar care are termen de judecată la data de 26.04.....

În continuare, contestatoarea arată că, prin documentul constatator emis de ...., cu nr. ..../25.04.2016, au fost reținute, în fapt, nerespectarea termenelor de execuție a lucrărilor contractate, existența unor neconformități care au condus la refaceri parțiale sau totale de lucrări şi că au existat prejudicii produse, dar care nu au fost cuantificate (în cadrul documentului constatator emis de beneficiar).

Față de nerespectarea termenului de execuție invocat în documentul constatator, contestatoarea menționează că a detaliat, prin întâmpinarea depusă în dosarul nr. ..../3/2016, aflat pe rolul Tribunalului ..... - Secţia a II-a Contencios Administrativ şi Fiscal, situațiile care au condus la întârzieri în execuția lucrării şi care nu au fost din culpa executantului, problemele întâlnite fiind legate de predarea amplasamentului cu întârziere, neconformitatea proiectului cu situația întâlnită în teren, în sensul că soluțiile tehnice prevăzute în proiect nu puteau fi puse în operă, identificarea pe șantier a unor proiectile cu explozibil (funcționale) în zonele în care se executau săpături mecanice, condițiile meteo nefavorabile, care au condus la inundarea șantierului pentru mai multe săptămâni consecutive, cu consecința punerii executantului în imposibilitate obiectivă de a continua lucrările. Toate aceste motive, de prelungire, au fost aduse la cunoștința beneficiarului, însă acesta a rămas în pasivitate, refuzând să analizeze solicitarea de prelungire.

Cu privire la prejudiciul cauzat, așa cum este menționat în documentul constatator, fără a fi precizat un cuantum, contestatoarea arată că, ulterior emiterii documentului constatator, autoritatea contractantă, ..., a formulat cerere de chemare în judecată, prin care se solicită obligarea Asocierii SC ..... SRL - SC ....SRL – SC ....SRL la repararea prejudiciului suferit ca o consecință directă a neexecutării lucrărilor prevăzute în contract, reprezentând valoarea eligibilă a

contractului nr. 11878/12.08.2015, care nu a fost executat, cauza fiind, în prezent pe rolul Tribunalului ..... - Secția a II-a Contencios Administrativ şi Fiscal şi face obiectul dosarului nr. ..../3/2016.

Totodată, contestatoarea susține că, prin întâmpinarea formulată, a prezentat documente justificative care confirmă că autoritatea contractantă datorează celor trei societăți membre ale asocierii suma de 1.187.143,31 lei, la care se adaugă TVA, formată din:

- lucrări executate şi nedecontate - în sumă de 639.441 lei;
- lucrări executate suplimentar, în sumă de 200.124,21 lei;
- materiale achiziționate şi neplătite, în sumă de 1.017.578,10 lei.

În prezent, arată contestatoarea, dosarul este pe rolul Tribunalului ..... - Secția a II-a Contencios Administrativ şi Fiscal, iar la termenul din data de 23.04..... cauza a fost amânată, pentru lipsa rapoartelor de expertiză, fiind stabilit un nou termen de judecată, pentru data de 21.05.....

Având în vedere faptul că, până la data participării la prezenta procedură, nu există o hotărâre judecătorească definitivă şi irevocabilă în dosarul nr. ..../3/2016, prin care să se stabilească dacă, în cadrul derulării contractului nr. 117/12.08.2015, Asocierea SC ..... SRL - SC ....SRL – SC ....SRL se face culpabilă de neexecutarea lucrărilor în contract şi, implicit, de producerea unui prejudiciu beneficiarului, contestatoarea consideră că nu se află în situația prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

În plus, contestatoarea menționează că a formulat, de asemenea, ”plângere prealabilă” la Tribunalul Vrancea, Secția a II-a Contencios Administrativ şi Fiscal, dosar nr. ..../91/..... cu termen de judecată fixat în data de 13.06.....

Privitor la afirmația comisiei de evaluare, potrivit căreia, „cele două documente constatatoare sunt valabile şi produc efecte juridice întrucât nu a intervenit suspendarea, revocarea şi/sau anularea”, contestatoarea consideră că nu poate fi reținută, întrucât practica judiciară a stabilit că, în situația în care există certificate constatatoare din care rezultă rezilierea contractului din vina unui operator economic, acesta nu poate fi exclus de drept de la o procedură, fără a se realiza minime verificări, cu privire la luarea unor măsuri, de către operatorul respectiv, de atenuare a efectelor produse prin neglijența sa. În acest sens, este relevantă Decizia CNSC nr. 901/C4/720,777 din data de 05.04.....

Față de condițiile prevăzute pentru eliminarea din procedura de atribuire, pentru abateri profesionale grave, contestatoarea arată că aceste condiții nu sunt îndeplinite deoarece:

- împotriva celor două documente constatatoare au fost formulate plângeri la instanțele competente;

- încetarea anticipată a contractului de execuție de lucrări nr. 11878/12.08.2015 pentru obiectivul de investiții „Amenajarea ariei naturale de interes local Crâng Petrești şi îmbunătățirea infrastructurii de acces”, încheiat între ...., în calitate de beneficiar şi Asocierea SC ..... SRL - SC ....SRL – SC ....SRL, în calitate de executant, nu s-a datorat

unui comportament necorespunzător al executantului, de natură a-i pune la îndoială credibilitatea, așa cum rezultă din motivele invocate în întâmpinarea depusă în litigiul aflat pe rolul instanței de judecată;

- gravitatea acțiunii de încetare a contractului de lucrări nr. 136/0.06.2015 pentru obiectivul de investiții „Sală de sport cu tribună 10 locuri - comuna Tia Mare, județul Olt”, încheiat cu ...., nu este cunoscută părților, nefiind stabilit un prejudiciu cuantificabil la data emiterii documentului constatator;

- noțiunea de *abatere gravă* trebuie înțeleasă ca referindu-se, în mod normal, la un comportament al operatorului economic în cauză care denotă o intenție culpabilă sau o neglijență de o anumită gravitate din partea sa. Astfel, orice executare incorectă, imprecisă sau defectuoasă a unui contract sau a unei părți din acest contract, poate demonstra eventual, o competență profesională limitată a operatorului economic în cauză, dar nu echivalează în mod automat cu o abatere gravă.

Or, în documentele constatatoare emise de autoritățile contractante nu sunt detaliate în mod concret situațiile care au determinat încetarea anticipată a contractelor, nu reflectă situația de fapt, astfel încât comisia de evaluare să analizeze dacă şi-a încălcat într-adevăr în mod grav sau repetat obligațiile contractuale ce-i reveneau în contractele de achiziții publice;

- respingerea ofertantului de la toate procedurile de atribuire la care participă va avea drept consecință închiderea activității şi disponibilizarea unui număr de peste 200 de angajați;

- aplicarea automată a prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/201, fără o dovadă certă a existenței unei abateri grave şi fără a lua în considerare litigiile rezultate din contractele de execuție care se află pe rolul instanțelor şi pentru care nu există hotărâri definitive şi irevocabile, care să confirme existența unor abateri grave, respectiv neîndeplinirea sau îndeplinirea necorespunzătoare a clauzelor contractuale, contravine principiilor în materia achizițiilor: transparența, asumarea răspunderii, proporționalitatea.

Prin urmare, existența unui certificat constatator negativ, emis la un moment dat şi *deducerea unor prezumții din simpla citire a documentelor aflate la dispoziţia* comisiei de evaluare *în contextul în care nu rezultă cu evidentă culpa gravă şi evidentă a petentei în nefinalizarea contractului de achiziție,* nu echivalează cu anularea oricărui drept al operatorului economic de a mai depune oferte, respectiv cu excluderea din procedurile de achiziție, ci potrivit celor precizate mai sus, în măsura în care acesta îşi poate dovedi credibilitatea sau atunci când neîndeplinirea sau îndeplinirea necorespunzătoare a obligațiilor contractuale şi existența unui prejudiciu face obiectul unui litigiu aflat pe rolul instanței de judecată, care este nesoluționat printr-o hotărâre definitivă şi irevocabilă, nu există niciun temei pentru excludere din cadrul procedurilor de atribuire.

Având în vedere prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) coroborate cu prevederile alin. (8) al art. 167 din Legea nr. 98/2016 şi motivele

invocate prin prezenta contestație, contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă trebuia să evalueze dacă încălcarea obligațiilor contractuale a fost gravă şi repetată. Așadar, în evaluare, o autoritate contractantă este obligată să se raporteze la modul de interpretare dat de legiuitor termenului de încălcare gravă a obligațiilor contractuale, neputând deroga de la această interpretare sau neputându-şi exercita atribuțiile, în mod abuziv, cu scopul excluderii unui ofertant doar pentru că acesta avea emise documente constatatoare.

Prin adresa nr. 43489/02.05....., înregistrată la CNSC sub nr. 17628/03.05....., autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea acesteia la neîntemeiată.

Astfel, autoritatea contractantă arată că, urmare a analizării DUAE și răspunsului la solicitarea de clarificare a DUAE, a remarcat, privitor la documentul constatator nr. ..../22.06.2017, emis de ...., că nu a fost îndeplinit în mod corespunzător contractul, nu au fost respectate termenele contractuale de executare lucrări, au fost aduse prejudicii sau ar fi putut fi aduse autorității contractante, pe perioada derulării contractului.

De asemenea, autoritatea contractantă a constatat faptul că operatorul economic a recurs la ”procedura prealabilă”, pe rolul Tribunalului ..... aflându-se înregistrat dosarul cu nr. 2558/3/....., având ca obiect: ”anularea actului administrativ «Document constatator» referitor la îndeplinirea obligațiilor contractuale, suspendarea actului administrativ Document constatator referitor la îndeplinirea obligațiilor contractuale, iar în subsidiar - anularea parțială a actului administrativ Document constatator referitor la îndeplinirea obligațiilor contractuale”, dosar nesoluționat la data limită de depunere oferte, pentru prezenta procedură.

Din Documentul constatator nr. ..../25.04.2016, emis de ...., reiese că nu au fost respectate caracteristicile din propunerea tehnică a executantului, nu a fost respectată propunerea financiară, au fost neconformități care au condus la refaceri parțiale sau totale de lucrări, au fost prejudicii produse. Și în această situație, operatorul economic a recurs la ”procedura prealabilă”, pe rolul Tribunalului Vrancea fiind înregistrat dosarul nr. ..../91/....., având ca obiect anulare act administrativ şi suspendare executare act nr. ..../25.04.2016, dosar nesoluționat la data limită de depunere a ofertelor pentru procedura de față.

Mai mult, autoritatea contractantă arată că plângerea prealabilă a fost înregistrată la autoritatea contractantă în 13.11.2017, sub nr. 17620, iar documentul constatator nr. .... a fost emis la data de 25.04.2016, trecând un termen destul de mare de la data luării la cunoștință a documentului constatator negativ şi data depunerii plângerii prealabile.

Or, termenul de formulare a unei notificări prealabile este menționat destul de clar la art. 7 din Legea nr. 554/2004, cu modificările ulterioare.

Comisia de evaluare a considerat, în urma procesului de evaluare a DUAE-urilor şi a documentelor solicitate pentru a clarifica situația declarată de ofertantul SC ..... SRL în formular în partea a III - Motive de excludere, lit. C: Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, la subpunctul: Vinovat de comiterea unei abateri profesionale grave, că sunt îndeplinite condițiile de excludere prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 și a decis, în consecință, respingerea acestuia.

Documentele constatatoare, pe care autoritatea contractantă este obligată să le emită, sunt considerate acte administrative ce prezintă o situație de fapt, rolul lor fiind acela de a oferi informații cu privire la capacitatea unui ofertant de a-şi îndeplini în mod corespunzător obligațiile contractuale, fără a aduce prejudicii autorității contractante.

Documentele constatatoare cuprind referiri la îndeplinirea necorespunzătoare a anumitor contracte şi prejudiciile aduse sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante, astfel că ele nu puteau fi ignorate în evaluarea ofertei.

Fiind vorba de un act administrativ unilateral, acesta, potrivit legii contenciosului administrativ, se bucură de prezumția de legalitate, autenticitate şi veridicitate, trăsături care constituie fundamentul caracterului executoriu. Suspendarea efectelor actului administrativ poate fi dispusă de instanța de judecată, în condițiile reglementate de art. 14 şi 15 din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004. După cum a reținut şi Înalta Curte de Casație şi Justiție, Secția de contencios administrativ şi fiscal, în Decizia nr. 2199 din 14 aprilie 2009, actul administrativ se bucură de prezumția de legalitate, care, la rândul său, se bazează pe prezumția autenticității şi veridicității, în același timp fiind şi executoriu, din oficiu.

Documentul constatator este un act administrativ care are caracter executoriu, dacă nu a fost suspendat de instanță, astfel că dispozițiile acestuia produc efecte din momentul emiterii lui.

Or, conform dispozițiilor art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, cu modificările şi completările ulterioare, nu au trecut mai mult de 3 ani de la emiterea acestor documente, pentru a se invoca, cu succes, regula de excepție de la obligația excluderii din competiție.

Potrivit prevederilor art. 169 din legea precizată, „Autoritatea contractantă exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire în care ia la cunoștință că operatorul economic se află, având în vedere acțiunile sau inacțiunile săvârşite înainte sau în cursul procedurii, în una dintre situațiile prevăzute la art. 164, 165 şi 167, de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire”.

Prin urmare, decizia de a exclude operatorul economic aflat sub incidența art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, după verificările efectuate de către comisia de evaluare, nu este excesivă, în opinia autorității contractante.

De altfel, decizia de respingere a contestatoarei nu a fost luată de comisia de evaluare fără a solicita clarificări şi a se edifica, prin analizarea documentelor puse a dispoziție, de ofertantul SC ..... SRL.

Actul administrativ are forță juridică obligatorie, atât față de persoanele fizice sau juridice cărora se adresează, cât şi față de autoritatea care l-a emis, ținută să-l respecte ea însăși, pe tot parcursul valabilității lui. Această obligativitate a actului administrativ derivă din faptul că el este dat pe baza şi în executarea legii şi, din această cauză, se bucură de prezumția de legalitate. Actul administrativ este executoriu de îndată, fără a fi necesară întocmirea unei formalități ulterioare.

Din documentele prezentate, la răspunsul solicitărilor de clarificări, nu reiese că cele două documentele constatatoare au fost suspendate şi/sau anulate printr-o hotărâre judecătorească dată de instanța competentă. Pe cale de consecință, cele două acte administrative atestă faptul că executantul nu şi-a îndeplinit obligațiile, până la emiterea unui nou act contradictoriu şi executoriu de drept.

Cele două documente constatatoare sunt valabile şi produc efecte juridice întrucât nu a intervenit suspendarea, revocarea şi/sau anularea. Faptul că până în prezent lipsește o decizie a instanței de judecată cu privire la aceste înscrisuri este o chestiune care tine exclusiv de modul în care contestatoarea a înțeles să-şi exercite drepturile conferite de legislația în vigoare.

În replică, prin adresa nr. 391/07.05....., înregistrată la CNSC sub nr. 18132/07.05....., SC ..... SRL a transmis Consiliului răspuns la punctul de vedere înaintat de autoritatea contractantă, prin care reiterează aspectele precizate în contestație, referitoare la netemeinicia deciziei autorității contractante de a-l exclude din prezenta procedură.

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

..... a organizat o procedură simplificată, în vederea atribuirii unui contract de lucrări (proiectare și execuție) având ca obiect „Extindere rețele utilități și căi de circulație în zona Cartier Gării Noi din ..... - alimentare cu apă, canalizare menajeră şi pluvială, căi de circulație rutieră şi pietonală (proiectare, asistență tehnică din partea proiectantului şi execuție de lucrări)”, inițiată cu anunț de participare simplificat nr. ....., publicat în SEAP la 23.01....., elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă.

Împotriva deciziei autorității contractante de a-i respinge oferta (măsură ce i-a fost comunicată prin adresa nr. 40684/17.04.....), SC ..... SRL a înaintat Consiliului contestația de față (după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă, stabilită la art. 6 din Legea nr. 101/2016), solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Consiliul reține că părțile sunt în dispută cu privire la respingerea ofertei depuse de SC ..... SRL, sub aspectul constatării că, sunt îndeplinite condițiile de excludere prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, respectiv:

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

g) operatorul economic şi-a încălcat în mod grav sau repetat obligaţiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziţii publice, al unui contract de achiziţii 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 sancţiuni comparabile.

Analizând documentul DUAE depus de SC ..... SRL, Consiliul constată că ofertantul la întrebarea: ”Operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă? Dacă este cazul, a se vedea definițiile din legislația națională, din anunțul relevant sau din documentele achiziției?” a răspuns: DA, indicând documentul constatator nr. ..../22.06.2017 emis de .... și documentul constatator primar nr. ..../25.04.2016, emis de .....

Ca măsuri luate pentru demonstrarea fiabilității, au fost precizate următoarele:

Pentru Documentul constatator nr .../22.06.2017 emis de .... SA, s-a formulat plangerea prealabila nr. 2192/04.07.2017 inregistrata la Autoritatea Contractanta sub nr. 9879/05.07.2017. In motivarea plangerii am aratat ca .... SA are o culpa exclusiva in depasirea termenului contractual refuzand in mod nejustificat sa raspunda adreselor noastre de prelungire si sa ne ofere o motivare in acest sens. In ceea ce priveste prejudiciile aduse sau ce ar fi putut fi aduse Autoritatii pe perioada derularii contractului prevazute la punctul 6 din Document, se retine faptul ca Antreprenorul datoreaza penalitati de intarziere de la 04.05.2017-04.05.2017(7?!!) si plata de daune interese, de unde rezulta netemeinicia afirmatiilor privind pretinsele prejudicii. La plangerea prealabila formulata la Documentul constatator nr ..../ 22.06.2017 nu am primit niciun raspuns, motiv pentru care vom actiona in judecata la Tribunalul ..... Autoritatea contractanta .... SA. Intre subscrisa, SC ..... SRL, cu sediul in ....., str. Maica Domnului nr 3, Sector 2, si Autoritatea Contractanta UAT a Judetului Vrancea exista in litigiu, avand dosarul nr. ..../3/2016 inregistrat la Tribunalul ....., avand ca obiect "Pretentii", dosar care are termen de judecata data de 13.11.2017. Prin hotararea judecatoreasca ce se va pronunta ”instanta va stabili daca exista "o culpa" privind neexecutarea in conditii optime a contractului de lucrari (calitate-cantitate-timp) si daca prin actiunile intreprinse de cele 2 parti implicate s-au adus prejudicii, atat morale cat si materiale. Impotriva Documentului constatator nr. .... din 25.04.2016 referitor la indeplinirea obligatiilor contractual de catre firma noastra, emis de ...., privind contractul de lucrari nr. 11878/12.08.2015 "Amenajarea ariei naturale de interes local Crang Petresti si imbunatatirea infrastructurii de acces", subscrisa a formulat o plangere inregistrata la Autoritatea Contractanta prin care am solicitat revenirea asupra continutului actului administrativ, acesta fiind neintemeiat, si pe cale de consecinta, de a admite plangerea formulata. In speta, "principalele aspecte negative" cu care ne-am confruntat au fost urmatoarele: a) nepredarea la timp si liber de orice sarcini a amplasamentului lucrarii in conformitate cu cotele existente in proiect; b) neconformitatea proiectului tehnic - care a intrat in sarcina Autoritatii Contractante-cu situatia descoperita in teren; c) lipsa solutiilor tehnice, emise de proiectantul lucrarii pentru niciuna din neconformitatile sesizate de catre Asociere; d) conditiile meteo nefavorabile care au dus la inundarea santierului pentru mai multe saptamani consecutiv. In baza aspectelor negative evidentiate mai sus, din care "reiese clar concluzia" ca sunt imputabile Autoritatii Contractante, Asocierea a solicitat prin adresa 2323/10.12.2015 prelugirea termenului de executie, dar din

motive ce nu au fost definite si evidentiate, Beneficiarul a refuzat aceasta solicitare plauzibila si avand la baza un temei legal al Antreprenorului. Referitor la modul de alocare a functiilor esentiale din cadrul investitiei, este specificat in mod clar si intrinsec raspunderea pentru elaborarea proiectului tehnic, predarea amplasamentului liber de orice sarcini, alocarea riscurilor investitiei propuse, alocarea rolului de coordonare si metoda de evaluare propusa, sarcini care au cazut in atributiile Autoritatii Contractante. Legea nationala aplicabila aloca, de regula, riscurile intre diversele entitati implicate in cadrul contractului, iar acesta confirma alocarea legala si fireasca. De aici rezulta ca Autoritatea Contractanta "a refuzat sa analizeze", in baza uzantelor si legilor din Romania referitoare la investitiile in constructii, solicitarea Antreprenorului de prelungire a termenului de executie, acesta avand la baza temeiul legal/contractual pe care s-a bazat solicitarea. Din aceasta cauza, apreciem ca Actul constatator emis de Autoritatea Contractanta este neintemeiat si nu reflecta situatia reala din cadrul contractului de lucrari. De asemenea, reiteram un aspect "deosebit de esential" in acest sens, si anume ca obiectul contractului pt care participam la prezenta procedura de licitatie este "total diferit" fata de contractul de lucrari analizat si prezentat mai sus.

Din analiza documentului constatator nr. ..../22.06.2017, rezultă că acesta a fost emis de .... – .... SA, pentru contractul nr. 136/08.06.2015, având ca obiect execuție ”Sală de sport cu tribună 180 locuri – comuna Tia Mare, județul Olt”. Motivul emiterii documentului constatator a fost nerespectarea termenelor contractuale, prejudiciul constând în penalități de întârziere de la data de ”04.05.2017 până la data de 04.05.2017”.

Împotriva documentului constatator, contestatoarea a formulat plângere prealabilă și acțiune în instanță pentru anularea lui, fiind înregistrat pe rolul Tribunalului ....., Secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal, dosarul nr. ..../3/....., în cazul căruia instanța s-a pronunțat la data de 10.05....., prin Hotărârea ..../..... soluția fiind: Respingere acțiunea ca neîntemeiată/Respinge cererea.

Prin adresa nr. MBR TRZ 50104/03.07.2017, Agenția Națională de Administrare Fiscală - ....., comunicându-i SC ..... SRL că autoritatea contractantă .... a procedat la executarea garanției de bună execuție, în sumă de 48.447,12 lei.

În ce privește documentul constatator nr. ..../25.04.2016, emis de ...., pentru contractul nr. 11878/12.08.2015, având ca obiect ”Amenajarea ariei naturale de interes local Crâng Petrești și îmbunătățirea infrastructurii de acces”, neconformitățile înregistrate au fost nerespectarea termenelor de execuție a lucrărilor contractate și neconformități care au condus la refaceri parțiale sau totale de lucrări.

Împotriva documentului constatator, contestatoarea a formulat plângere prealabilă și acțiune în instanță, fiind înregistrat la Tribunalul Vrancea, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, dosarul nr. ..../91/....., având termen de judecată în data de 13.06..... Cererea de suspendare a efectelor documentului constatator a fost respinsă ca netimbrată prin Hotărârea nr. 89/..... din 07.02.....

Unitatea Administrativ Teritorială Județul Vrancea a formulat cerere de chemare în judecată, având ca obiect obligarea SC ..... SRL la repararea prejudiciului suferit ca o consecință directă a neexecutării lucrărilor prevăzute în contract (dosar nr. 3852/2/2016, Curtea de Apel ....., secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, a declinat cauza spre soluționare la Tribunalul ....., Secția contencios

administrativ și fiscal, fiind constituit dosarul nr. ..../3/2016, cu termen de judecată 18.06.....).

În speță sunt relevante prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, care dispun că „*autoritatea 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;***

[...]

Dispozițiile alin. (8) ale aceluiași articol prevăd:

(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 improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract.

De asemenea, conform prevederilor art. 171 din Legea nr. 98/2016 *(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.

Din dispozițiile legale citate mai sus, rezultă că, pentru aplicarea motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, 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 (sancțiuni): încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese, alte sancțiuni comparabile.

În speța de față, suntem în prezența a două documente constatatoare, emise ca urmare a nerespectării de către contestoare a

termenelor contractuale, respectiv neconformități care au condus la refaceri parțiale sau totale de lucrări. În ambele documente se face referire la existența unor prejudicii și la plata de daune-interese, existând și dosar pe rol în acest sens ca urmare a cererii Unității Administrative Teritoriale Județul Vrancea.

Vizavi de certificatul constatator emis de .... SA, Consiliul reține, astfel cum a susținut și societatea contestatoare, că, deși în cuprinsul său s-a făcut referire la plata de penalități și daune-interese, pentru penalități a fost stabilită o perioadă care nu poate fi identificată (04.05.2017-04.05.2017), iar în privința daunelor-interese nu a fost stabilit cuantumul acestora și nu a fost prezentată vreo dovadă din care să rezulte vreun demers al autorității contractante de a solicita plata daunelor interese.

Pe de altă parte, însă, din cuprinsul plângerii prealabile formulate de contestatoare față de documentul constatator nr. ..../22.06.2017, rezultă că autoritatea contractantă a trimis notificare de reziliere a contractului pentru neexecutarea obligațiilor, astfel că, față de cele de mai sus, se constată că cele trei condiții pentru aplicarea art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 sunt îndeplinite.

Referitor la documentul constatator nr. ..../25.04.2016, Consiliul constată că sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, în sensul că, în cuprinsul documentului, se face referire la nerespectarea termenelor de execuție a lucrărilor contractate și neconformități care au condus la refaceri parțiale sau totale de lucrări, iar autoritatea contractantă a făcut toate demersurile pentru recuperarea unui prejudiciu cuantificat și indicat în cererea de chemare în judecată.

Analizând, Consiliul stabilește că nelegalitatea aspectelor consemnate în documentele constatatoare, reclamate de autoarea contestației, sunt de competența instanței de judecată, iar nu a Consiliului. De altfel, cum s-a arătat mai sus, în dosarul nr. ..../3/....., în cazul căruia Tribunalul ....., Secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal, dosarul nr. ..../3/....., instanța s-a pronunțat la data de 10.05....., prin Hotărârea ..../..... soluția fiind: Respingere acțiunea ca neîntemeiată/Respinge cererea.

Astfel, de vreme ce documentele constatatoare nu au fost anulate de către instanțele de judecată, ele produc efecte, fiind incident cazul de excludere din procedură prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016. Orice act administrativ se bucură de prezumția de legalitate, care poate fi răsturnată doar printr-o hotărâre judecătorească definitivă de anulare a actului administrativ. De aceea, documentele constatatoare prezentate se bucură, în continuare, de prezumția de legalitate.

Se impune precizarea faptului că legiuitorul nu a condiționat excluderea din procedură în cazul prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 de existența unei hotărâri judecătorești definitive asupra legalității emiterii unui document constatator.

Conform articolului menționat, autoritatea contractantă exclude din procedură orice operator economic care și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau 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 contestatoarei, există două documente constatatoare care îndeplinesc condițiile care atrag excluderea din procedură.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge contestația SC ..... SRL, formulată în contradictoriu cu ....., privind excluderea din procedura inițiată cu anunț de participare nr. ...../23.01....., ca nefondată.

Prezenta decizie este obligatorie, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**
.... **....** **....**

……