



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnscl.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația înregistrată la CNSC cu nr. 10363/24.03.2017, formulată de ..., în calitate de Lider al Asocierii ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF ..., reprezentată legal prin ... și convențional prin ..., cu sediul în ..., împotriva rezultatului procedurii, comunicat prin adresa nr. 2143/10.03.2017, emisă de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de lucrări având ca obiect „Proiectarea și execuția lucrărilor pentru obiectivele de investiții LOT 1 – Proiectarea și execuția lucrărilor de modernizare pe drumul județean DJ 643C, LOT 2 - Proiectarea și execuția lucrărilor de modernizare pe drumul județean DJ 703D, LOT 3 - Proiectarea și execuția lucrărilor de modernizare pe drumul județean DJ 546E, LOT 4 - Proiectarea și execuția lucrărilor de modernizare pe drumul județean DJ 678E” (Lot 2 contestat), cod CPV 45233140-2 - Lucrări de drumuri (Rev.2), 71322000-1 - Servicii de proiectare tehnică pentru construcția de lucrări publice (Rev.2), s-a solicitat anularea rezultatului procedurii aferent lotului 2 precum și a tuturor actelor subsecvente, anularea în parte a raportului procedurii în ceea ce privește excluderea ofertei contestatorului și a tuturor actelor subsecvente, obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertei contestatorului, precum și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației.

Prin contestația înregistrată la CNSC cu nr. 10386/24.03.2017, formulată de ..., în calitate de Lider al Asocierii ..., prin ..., împotriva rezultatului procedurii, comunicat prin adresa nr. 2143/10.03.2017, emisă de ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri,

s-a solicitat anularea rezultatului procedurii aferent loturilor 3 și 4 precum și a tuturor actelor subsecvente, anularea în parte a raportului procedurii în ceea ce privește excluderea ofertei contestatorului și a tuturor actelor subsecvente, obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertei contestatorului, precum și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației.

Prin contestația nr. 670/27.03.2017, înregistrată la CNSC cu nr. 11109/29.03.2017, formulată de ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF ..., atribut fiscal RO, în asociere cu ..., împotriva rezultatului procedurii, comunicat prin adresa nr. 2143/10.03.2017, emisă de ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri, s-a solicitat anularea rezultatului procedurii aferent lotului 4, prin care i se aduce la cunoștință contestatorului faptul că oferta asocierii sale a fost respinsă conform art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, precum și reevaluarea ofertei asocierii și declararea acesteia admisibilă.

În temeiul art. 17 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, cele trei contestații au fost conexe.

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

Consiliul a fost sesizat să soluționeze contestațiile prin care ofertantul ... reclamă rezultatul procedurii din cadrul loturilor 2, 3 și 4, iar ofertantul ... reclamă rezultatul procedurii pentru lotul 4, în cadrul prezentei proceduri de atribuire.

... apreciază că, deși a respectat toate cerințele documentației de atribuire, în data de 10 martie 2017 a primit de la autoritatea contractantă două adrese având același număr de înregistrare, respectiv 2143, una adresată către Asocieria ... (probabil pentru lotul 2) și una adresată către Asocieria ... (probabil pentru loturile 3 și 4), prin care i s-au adus la cunoștință următoarele:

„oferta dumneavoastră este respinsă, în condițiile art. 167 alin. (1), lit. g din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, având în vedere faptul că ... și-a încălcat în mod grav obligațiile principale ce îi reveneau în cazul unor contracte de achiziții publice, conform certificatelor constatatoare existente în SEAP la „Secțiunea Documente – Documente constatatoare”, care confirmă rezilieri de contracte și prejudicii aduse Autorităților Contractante, susținute de decizii rămase definitive ale instanțelor, încălcări care au dus la neîndeplinirea clauzelor contractuale, cu crearea de prejudicii.”

... a formulat notificare prealabilă în data de 15.03.2017, prin care a solicitat remedierea nelegalităților semnalate și a arătat că nu sunt îndeplinite condițiile art. 167 din Legea nr. 101/2016 pentru excluderea ofertei, precum și deciziile Consiliului și ale Curților de Apel care s-au pronunțat cu putere de lucru judecat asupra documentului constatator în cauză.

Prin adresa nr. 2483/20.03.2017, autoritatea contractantă i-a comunicat răspunsul la notificarea prealabilă, potrivit căruia aceasta își menține rezultatul procedurii.

În susținerea răspunsului trimis, autoritatea contractantă menționează că, urmare a verificării în SEAP a documentelor constatatoare, Comisia de evaluare a constatat că documentul constatator nr. 54786, în cadrul căruia se constată încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese, alte sancțiuni comparabile, document din care reiese că operatorul ... și-a încălcat în mod grav și repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul contractelor de achiziție publică, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivelor contracte, generarea unor daune și că în cadrul acestora au fost abateri ale legislației privind respectarea normelor de securitate și sănătate a muncii, PSI, legislația de protecție a mediului, sunt considerate acte administrative ce prezintă o situație de fapt, rolul lor fiind acela de a oferi informații cu privire la capacitatea ofertantului de a-și îndeplini în mod corespunzător obligațiile contractuale, fără a aduce prejudicii autorității contractante.

... consideră că decizia de excludere este un act administrativ nemotivat, menționând pretinse încălcări contractuale, prejudicii, contracte reziliate, hotărâri definitive, fără a se menționa în ce au constatat aceste încălcări, care au fost contractele în care au fost constatate aceste încălcări, care au fost documentele constatatoare în care s-au consemnat aceste încălcări, care au fost autoritățile contractante pretins a fi prejudiciate, ce contracte au fost reziliate și care sunt deciziile definitive pronunțate de către instanțe la care se referă ... în decizia de excludere. Actul administrativ trebuie să conțină și elementele de fapt care să permită, pe de o parte, destinatarilor să cunoască și să evalueze temeiurile deciziei, iar pe de altă parte, să facă posibilă exercitarea controlului de legalitate. În acest sens, nemotivarea deciziei de excludere reprezintă o cauză de nulitate a acesteia, întrucât obligația motivării actului administrativ reprezintă o cerință de legalitate, acceptată atât pe plan intern, cât și la nivel comunitar, constituind o garanție împotriva arbitrariului (Decizia nr. 2973 din data de 10 septembrie 2012 pronunțată în recurs de Curtea de Apel București - Secția a VIII-a Contencios administrativ și fiscal având ca obiect anulare decizie de eliberare din funcția publică). Aceste lipsuri nu pot fi complinite ulterior prin răspunsul la notificarea prealabilă.

De asemenea, decizia de excludere și răspunsul la notificarea prealabilă sunt neîntemeiate și nelegale. Autoritatea contractantă susține și în răspunsul la notificarea prealabilă că, în cadrul documentului

constatator, cu referire la documentul din SEAP nr. 54786, se constată încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune interese și alte sancțiuni comparabile. Se afirmă, de asemenea, în mod nereal, că ... și-ar fi încălcat în mod grav și repetat obligațiile principale ce-i reveneau, încălcări care au dus la încetarea anticipată a respectivelor contracte și că, în cadrul acestora ar fost abateri ale legislației privind respectarea normelor de securitate și sănătate a muncii, PSI, legislația de protecție a mediului.

... consideră că aceste afirmații sunt pur tendențioase, neavenite, neîntemeiate, așa cum rezultă din documentul constatator din SEAP nr. 54786 și din documentele anexate contestației, neexistând niciun contract/contract subsecvent/acord cadrul reziliat/a cărui valabilitate să fi încetat anticipat sau încălcări contractuale grave sau repetate, așa cum rezultă din documentele anexate și din constatările Consiliului și instanțelor care s-au pronunțat deja asupra acestui aspect, cu putere/autoritate de lucru judecat în prezenta cauză, iar în documentul constatator nu se face referire la o pretinsă încălcare a normelor de securitate și sănătate a muncii, PSI, legislația de protecție a mediului. În sarcina contestatorului au fost emise 26 de documente constatoare, dintre care 25 pentru executare conformă, la termen și în condiții optime și doar un singur document în care se menționează abateri contractuale.

Acest document a fost emis de CNADNR prin DRDP Timișoara (Documentul constatator nr. ..., anexat contestației), document care se referă la executarea a două contracte subsecvente din cadrul Acordului cadru nr. 92/27168/2013. În SEAP, documentul constatator este înregistrat sub nr. 54786.

În cuprinsul documentului constatator, autoritatea emitentă se referă la întârzieri minore în execuție, nedatorate societății, pentru care au fost calculate penalități contractuale în sumă de 9.597,37 lei pentru contractul nr. 550/21/2015 și 5.915,28 lei pentru contractul nr. 550/129/2014, respectiv, aproximativ 0,13 % din valoarea acodrului cadru. Contractul nu a fost reziliat.

În legătură cu penalitățile la care se referă documentul constatator, între ... și CNADNR S.A. s-au derulat următoarele litigii:

a. Dosar 19598/325/2015 având ca obiect acțiunea formulată de CNADNR S.A. de obligare a ... la plata de penalități contractuale în sumă de 9.597,37 lei pentru contractul nr. 550/21/2015. Acțiunea formulată de CNADNR S.A. a fost respinsă ca inadmisibilă prin Sentința civilă nr. 181/2016 a Tribunalului Timiș, sentință menținută prin Decizia Curții de Apel Timișoara nr. 2499/7.07.2016.

b. Dosar 18852/325/2015 având ca obiect acțiunea formulată de CNADNR S.A. de obligare a ... la plata de penalități contractuale în sumă de 5.915,28 lei pentru contractul nr. 550/129/2014. În acest dosar, inițial, prin Sentința nr. 1302/2016, Tribunalul Timiș a respins ca nefondată acțiunea formulată de CNADNR împotriva ... Ulterior, prin Decizia nr. 2650/15.09.2016, Curtea de Apel Timișoara a admis recursul formulat de CNADNR împotriva sentinței mai sus amintite și, în rejudecare, a admis în

parte acțiunea reclamantei, obligând ... la plata către CNADNR S.A. a sumei de 2.957,64 lei cu titlu de penalități de întârziere.

Concluzionând, prelinsele întârzieri în execuție au fost cuantificate de către instanțele competente la suma de 2.957,64 lei, respectiv la 0,02% din valoarea acodului cadru.

Deținerea acestui document constatator în forma cenzurată de către instanțe nu poate constitui un motiv de excludere legal în conformitate cu prevederile art. 167 lit. g) din Legea nr. 98/2016.

... invocă excepția puterii/autorității de lucru judecat a Deciziei CNSC nr. ... și respectiv Decizia nr. ... și subliniază că Decizia nr. ... a fost confirmată sub aspectul admiterii contestației ... pe problema documentului constatator prin Decizia nr. 1852/2016 pronunțată de Curtea de Apel Oradea în dosarul nr. 507/35/2016, iar Decizia nr. ... fost confirmată prin Decizia nr. 2598/CA/2016 pronunțată de Curtea de Apel Oradea în dosarul 545/35/2016. În jurisprudența Înaltei Curți de Casație și Justiție s-a statuat că soluția trebuie să țină cont de dezlegarea deja dată asupra problemei de drept dedusă judecătii, dând eficiență prezumției de lucru judecat, că a mai fost odată dezlegată chestiunea litigioasă.

În plus, existența documentului constatator nu atrage în privința ... motivul de excludere prevăzut de art. 167 lit. g) din Legea nr. 98/2016.

... invocă prevederile art. 166 alin. (8) din H.G. nr. 395/2016, precum și ale art 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016 și subliniază că, pentru ca motivul de excludere să fie incident trebuie întrunite mai multe condiții cumulative, respectiv:

- să existe o încălcare/încălcări ale unei obligații contractuale într-un contract/contracte de achiziție publică încheiate anterior;
- această încălcare să fie gravă sau să fie vorba despre încălcări repetate;
- încălcarea/încălcările să fi dus la încetarea anticipată a contractului (reziliere), plata de daune interese sau alte sancțiuni comparabile.

Pentru o justă raportare la prevederile art. 167 lit. g) din Legea nr. 98/2016, comisiile de evaluare au obligația de a avea în vedere și jurisprudența europeană, cum ar fi Hotărârea CJUE din 13 decembrie 2012, în cauza C-465/11, în procedura Forposta SA, ABC Direct Contact sp.zo.o. împotriva Poczta Polska S.A. Deși autoritatea contractantă susține că ar fi verificat documentul constatator nr. 54786, postat în SF.AP, nu poate fi reală această susținere, în contextul în care aceasta afirmă că ar fi existat contracte reziliate, iar în documentul constatator la rubrica 8 - rezilierea acodrului cadru - se menționează NU. De asemenea, documentul nu face referire la o pretinsă „încălcare a normelor de securitate și sănătate a muncii, PSI, legislația de protecție a mediului”, așa cum susține autoritatea contractantă.

... consideră că sunt relevante în cauză, decizia civilă nr. 295/CA/2012, pronunțată de Curtea de Apel Constanța - Secția a II-a de contencios administrativ și fiscal, dar și decizia nr. 2068/2014, pronunțată de Curtea de Apel București - Secția a VIII-a de contencios administrativ și

fiscal, prin aceasta din urmă fiind respinsă plângerea formulată de autoritatea contractantă din prezenta cauză împotriva deciziei C.N.S.C. nr. 344/C4/171 din 03.02.2014, decizie prin care s-a admis contestația depusă de un operator economic a cărui ofertă a fost respinsă în temeiul aceluiași art. 181 lit. c1 din ordonanța de urgență, din considerentul, similar speței de față, al existenței unui document constatatator.

Concluzionând, raportat la aspectele arătate mai sus și la documentele anexate, contestatorul apreciază că a demonstrat faptul că în privința ofertei nu poate fi reținut motivul de excludere prevăzut de art. 167 lit. g) din Legea nr. 98/2016, sens în care solicită admiterea contestației

În drept, ... invocă dispozițiile mai sus menționate.

Prin adresele nr. 3124/03.04.2017, înregistrată la Consiliu cu nr. 11904/04.04.2017 și nr. 3123/03.04.2017, înregistrată la Consiliu cu nr. 11902/04.04.2017, autoritatea contractantă a transmis punctele de vedere cu privire la contestațiile formulate de ..., prin care solicită respingerea acestora ca nefondate și continuarea procedurii de atribuire pentru următoarele motive:

În urma verificării DUAЕ prezentate de către ofertanți, astfel cum este consemnat în procesul verbal de analizare a DUAЕ nr. 2094/09.03.2017, comisia de evaluare a respins, în condițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, oferta prezentată de Asocieria, precum și oferta prezentată de Asocieria

Înainte de a proceda la verificarea formularelor DUAЕ prezentate de către ofertanți, comisia de evaluare a verificat pe site-ul www.e-licitatie.ro la secțiunea Documente constatatoare, toți operatorii economici înscriși în procedură.

Urmare a transmiterii deciziei comisiei de evaluare, operatorul ... a depus notificare prealabilă, iar autoritatea contractantă a răspuns acestei notificări, comisia de evaluare justificând și argumentând decizia de a respinge ofertele conform art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, declarându-le inacceptabile conform art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016.

În cadrul procesului verbal de evaluare, comisia de evaluare a constatat, privitor la ofertele depuse de către ..., pe loturi, că este publicat în SEAP documentul constatatator nr. 54786 referitor la îndeplinirea obligațiilor contractuale emise de Compania de Administrare a Infrastructurii Rutiere S.A., din care reiese că operatorul economic nu și-a îndeplinit corespunzător contractul încheiat, în cadrul acestui contract operatorul având mențiunea „Nerespectarea termenelor contractuale și/sau a duratei execuției contractului” și, totodată, în cadrul acestui document constatatator au fost stabilite prejudicii în valoare de 5.915,28 lei pentru contractul subsecvent nr. 550/129/02.09.2014 și de 9.597,37 lei pentru contractul subsecvent nr. 550/21/31.03.2015 aceluiași operator economic.

Deși știa că se regăsește în această situație, ofertantul ... a completat DUAЕ, Partea a III-a, motive de excludere, pct. C, Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale, bifând „NU” se face vinovat de abatere profesională gravă. Existența certificatului constatator postat în SEAP susține incorectitudinea informațiilor prezentate de asociatul ... în DUAЕ, Partea VI - Declarații finale, ofertantul a precizat:

„Subsemnatul declar că informațiile prezentate în părțile II-V de mai sus sunt exacte și corecte și că au fost furnizate cunoscând pe deplin consecințele cazurilor grave de declarații false”. Prin completarea acestor informații, ofertantul și-a asumat răspunderea asupra datelor incorecte furnizate autorității contractante.

Certificatul constatator postat în SEAP este accesibil public.

Rolul acestor documente constatatoare emise în baza legislației achizițiilor publice este de a oferi celorlalte autorități contractante informații cu privire la îndeplinirea/neîndeplinirea corespunzătoare de către ofertanți a obligațiilor asumate, precum și cu privire la îndeplinirea cerințelor de calificare în ceea ce privește situația lor personală. Nu a existat niciun motiv care să justifice atitudinea ofertantului, reflectată în modul de completare a DUAЕ. În cazul în care ofertantul ar fi procedat corect, ar fi completat corespunzător DUAЕ, bifând „DA” se face vinovat de abatere profesională gravă, formularul DUAЕ ar fi deschis o nouă rubrică în care ofertantul avea posibilitatea să-și prezinte motivele și să combată datele înscrise în certificatele constatatoare postate în SEAP.

Comisia de evaluare a concluzionat că informațiile prezentate în DUAЕ nu sunt susținute de argumente, astfel că sunt incidente prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din lege. Mai mult, atașat acestui document constatator, autoritatea contractantă Compania de Administrare a Infrastructurii Rutiere S.A. a atașat decizia civilă nr. 2500/07.07.2016 emisă de Curtea de Apel Timișoara în cadrul dosarului nr. 978/59/2016, prin care s-a respins contestația în anulare promovată de contestatoarea ...

Autoritatea contractantă nu a uzat de dreptul său de a solicita clarificări, deoarece datele prezentate nu pot fi considerate inadvertențe de formă, nefiind vorba despre o corectare a unor vicii de formă, și, prin urmare, nu sunt îndeplinite condițiile stipulate la art. 135 alin. (3) din lege.

Autoritatea contractantă invocă dispozițiile art. 166 din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, precum și art. 14 alin. (1) din Legea nr. 554/2004 și precizează că documentele constatatoare pe care 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-și îndeplini în mod corespunzător obligațiile contractuale, fără a aduce prejudicii autorității contractante. Fiind vorba de un act administrativ unilateral, acesta, potrivit legii contenciosului administrativ, se bucură de prezumția de legalitate, autenticitate și veridicitate, trăsături care constituie fundamentul caracterului executoriu. Suspendarea efectelor actului administrativ poate

fi dispusă de instanța de judecată în condițiile reglementate de art. 14 și art. 15 din Legea nr. 554/2004. Documentele constatatoare cuprind referiri la îndeplinirea necorespunzătoare a anumitor contracte și prejudiciile aduse sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante, astfel că ele nu puteau fi ignorate în evaluarea ofertelor.

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. Astfel, dată fiind existența certificatelor constatatoare și răspunsul negativ al acestuia la întrebarea „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, comisia de evaluare nu avea motive să solicite clarificări ofertantului. Completarea eronată a formularului DUAЕ nu crea în sarcina autorității contractante obligația solicitării de informații suplimentare.

Din analiza documentului constatator nr. 54786 referitor la îndeplinirea obligațiilor contractuale, document emis de Compania de Administrare a Infrastructurii Rutiere S.A., publicat pe SEAP, document din care reiese că operatorul ... și-a încălcat în mod grav și repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul contractelor de achiziție publică, iar aceste încălcări au dus la generarea unor prejudicii în valoare de 5.915,28 lei pentru contractul subsecvent nr. 550/129/ 02.09.2014 și 9.597,37 lei pentru contractul subsecvent nr. 550/21/ 31.03.2015, rolul lor fiind acela de a oferi informații cu privire la capacitatea ofertantului de a-și îndeplini în mod corespunzător obligațiile contractuale, fără a aduce prejudicii autorității contractante. Fiind vorba de un act administrativ, acesta, potrivit legii contenciosului administrativ, se bucură de prezumția de legalitate, autenticitate și veridicitate, trăsături care constituie fundamentul caracterului executoriu. Având în vedere cele mai sus arătate, precum și faptul că ofertantul a completat documentul DUAЕ la secțiunea C: Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, la punctul 1 încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile”, cu bifa „NU”, pe propria răspundere, având cunoștință de existența documentelor constatatoare enumerate anterior, Comisia de evaluare a interpretat, pe bună dreptate, această omisiune drept o încercare a ofertantului de a induce în eroare autoritatea contractantă.

Comisia de evaluare consideră că decizia de a respinge ofertele ..., pe loturi, conform art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, declarându-le inacceptabile conform art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016, este temeinică, având în vedere cele menționate mai sus.

Autoritatea contractantă reiterează solicitarea de a se constata caracterul netemeinic al contestațiilor formulate de ... și de a dispune

respingerea contestațiilor ca nefondate, precum și continuarea procedurii de atribuire în sensul finalizării legale a acesteia.

În drept, autoritatea contractantă invocă prevederile Legii nr. 98/2016, H.G. nr. 395/2016 și Legii nr. 101/2016.

Prin adresele înregistrate la Consiliu cu nr. 12463/06.04.2017 și 12464/06.04.2017, ... a transmis răspuns la punctele de vedere ale autorității contractante, prin care combate punctual susținerile acesteia, respectiv:

a. În ceea ce privește completarea DUAЕ:

Contrar susținerilor autorității contractante, emiterea unui document constatatator nu atrage automat obligația completării unui DUAЕ cu „DA” la rubrica *C - motive de excludere, abateri profesionale*.

Atât timp cât documentul constatatator deținut de ... nu confirmă incidența art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, ... nu poate declara săvârșirea unei abateri profesionale grave, în contextul în care fapta ... nu întrunește elementele prevăzute de lege pentru a fi calificată în consecință. Art. 167 alin. (1) lit. g) prevede că se exclude din procedură operatorul 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.

În același sens, prevederile art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016 stabilesc că, 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.

b. În ceea ce privește nesolicitarea clarificărilor:

Deși autoritatea contractantă a identificat în SEAP acest document, recunoaște că nu a solicitat ... nicio clarificare cu privire la situația în cauză, și prin urmare, recunoaște încălcarea prevederilor art. 166 alin. (8) din H.G. nr. 395/2016, potrivit căroră, atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatatator, comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege.

c. ... subliniază netemeinicia susținerilor autorității contractante raportat la neîndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute de 167 din Legea nr. 98/2016 și precizează că, în decizia de excludere și în răspunsul la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă susține „rezilieri de contracte și prejudicii” și în răspunsul la notificarea prealabilă susține că „se constată încetarea anticipată a respectivului contract”, faptul că ... și-ar fi „încălcat în mod grav și repetat obligațiile principale ce-i reveneau (...),” încălcări care au dus la încetarea antipată a respectivelor contracte (...) și că în cadrul acestora ar fost „abateri ale legislației privind respectarea

normelor de securitate și sănătate a muncii, PSI, legislația de protecție a mediului (...)"

... consideră că aceste afirmații sunt pur tendențioase, neavenite, neîntemeiate, așa cum rezultă din documentul constatator nr. 54786, publicat în SEAP, și din documentele anexate prezentei și comunicate autorității contractante.

Nu există niciun contract/contract subsecvent/acord cadru reziliat a cărui valabilitate să fi încetat anticipat.

Nu există încălcări contractuale grave sau repetate, așa cum rezultă din documentele anexate și din constatările Consiliului și instanțelor care s-au pronunțat deja asupra acestui aspect, cu putere/autoritate de lucru judecat în prezenta cauză.

Nicăieri în documentul constatator nu se face referire la o pretinsă încălcare a normelor de securitate și sănătate a muncii, PSI, legislația de protecție a mediului.

... precizează că reaua credință a autorității contractante se manifestă și prin aceea că ... a oferit toate aceste explicații în notificarea prealabilă împreună cu documentele care susțin afirmațiile sale. Deși scopul prevăzut de legiuitor pentru procedura prealabilă a fost tocmai acela de a aduce la cunoștință autorității contractante erorile din evaluare, încălcările achiziției publice în vederea remedierii lor, autoritatea contractantă, confruntată cu o putere de lucru judecat a unor decizii pronunțate de CNSC și de instanțe, le-a ignorat, menținând în mod nelegal decizia de excludere și vorbind despre mai multe contracte care au încetat anticipat și despre abateri de la legislația muncii. Or, în speță, documentul constatator nu reține niciunul dintre aspectele sesizate de autoritatea contractantă.

Deși autoritatea contractantă avea obligația, conform art. 166 alin. (8) din H.G. nr. 395/2016, să efectueze verificări cu privire la îndeplinirea cumulativă a condițiilor impuse de lege înainte de a exclude ofertele ..., acestea nu au fost făcute întrucât în documentul constatator, la rubrica 8 - rezilierea acodului cadru - se menționează „NU”. Documentul nu face referire la o pretinsă „încălcare a normelor de securitate și sănătate a muncii, PSI, legislația de protecție a mediului”, așa cum susține autoritatea contractantă. Doar efectuând aceste verificări spre a stabili dacă sunt îndeplinite și ultimele condiții, se poate aprecia că pretinsul prejudiciu reprezentând penalități de întârziere pentru neexecutare parțială, nu este de natură a se constitui într-un prejudiciu grav suferit de beneficiar, suma modică de 0,02 % calculată în raport cu valoarea contractului conducând la concluzia că întârzierea produsă a fost de scurtă durată și nu a perturbat activitatea beneficiarului, care, după cum rezultă din același document constatator, nu a procedat la rezilierea contractului.

În speță, încălcarea reclamată prin documentul constatator, prin raportare la prejudiciul pe care CNADNR S.A. a putut să îl dovedească în instanță - 2957,64 lei, este nesemnificativă în raport cu valoarea acordului cadru pe care ... l-a executat. CNADNR S.A. nu a procedat la rezilierea

contractului cu ... ci, ulterior emiterii documentului constatator, aceeași autoritate contractantă care l-a emis, a atribuit ... mai multe contracte de achiziție publică, în niciun moment nepunând problema respingerii ofertei ... ca urmare a existenței documentului constatator.

d. În ceea ce privește excepția puterii/autorității de lucru judecat a Deciziei CNSC nr. ... și, respectiv, Decizia nr. ..., invocată de ..., autoritatea contractantă nu aduce nicio apărare sub acest aspect, ignorând întru-totul aceste decizii. Potrivit art. 430 din Codul de procedură civilă, hotărârea judecătorească ce soluționează, în tot sau în parte, fondul procesului sau statuează asupra unei excepții procesuale ori asupra oricărui alt incident are, de la pronunțare, autoritate de lucru judecat cu privire la chestiunea tranșată. Autoritatea de lucru judecat privește dispozitivul, precum și considerentele pe care acesta se sprijină, inclusiv cele prin care s-a rezolvat o chestiune litigioasă.

În ambele decizii mai sus menționate, Consiliul a statuat în sensul că simpla existență a documentului constatator nu dă dreptul autorității contractante la excluderea ofertei din procedură și că în speță, față de lipsa de gravitate a încălcării și față de faptul că însăși autoritatea emitentă a documentului a atribuit ulterior contracte de lucrări către ..., excluderea ofertelor sale din procedurile analizate s-a făcut cu încălcarea legii.

Prin contestația formulată, ..., în asociere cu ..., contestă rezultatul procedurii, comunicat prin adresa nr. 2143/10.03.2017, emisă de ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri, solicitând anularea rezultatului procedurii aferent lotului 4, precum și reevaluarea ofertei asocierii și declararea acesteia admisibilă.

... precizează că a participat, în calitate de ofertant, la procedura de atribuire în cauză (lotul 4), iar autoritatea contractantă, prin adresa nr. 2143/10.03.2017 privind comunicarea pentru faza de evaluare DUAЕ, i-a comunicat că oferta asocierii a fost respinsă conform art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, la care societatea, conform Legii nr. 101/2016 - art. 6, a formulat notificare prealabilă prin care a solicitat autorității contractante, anularea adresei nr. 2143/10.03.2017, la care aceasta i-a transmis răspuns prin adresa nr. 2486/20.03.2017, menținându-și punctul de vedere anterior și anume respingerea ofertei asocierii.

Prin Notificarea prealabilă nr. 594/15.03.2017, ... a învederat următoarele:

Pe rolul Tribunalului Teleorman se află judecarea cauzelor următoarelor dosare:

- Dosarul nr. ..., părțile fiind ..., în calitate de reclamant, în contradictoriu cu pârâtele ..., ... și chematul în garanție - ..., având ca obiect Contencios Administrativ și fiscal - litigiu privind achizițiile publice;
- Dosarul nr. ..., părțile fiind ..., în calitate de reclamant, în contradictoriu cu pârâta ..., având ca obiect Contencios Administrativ și fiscal - pretenții;
- Dosarul nr. ..., părțile fiind ..., în calitate de reclamant, în contradictoriu cu pârâta ..., având ca obiect Contencios Administrativ și fiscal - pretenții.

În cererile de chemare în judecată, ... a solicitat anularea documentelor constatatoare emise de ... și ... publicate în Sistemul Electronic de Achiziții Publice (SEAP).

Conform prevederilor art. 166 alin. (4) din H.G. nr. 395/2016, documentele constatatoare emise de către autoritatea contractantă pot fi contestate potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare, ceea ce ... a și făcut, dosarul nr. ... fiind înregistrat la Tribunalul Teleorman în data de 28.10.2016, dosarul nr. ... în data de 20.04.2016, dosarul nr. ... în data de 01.03.2016.

Contestatorul invocă prevederile art. 166 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016 cu referire la documentele constatatoare emise de către autoritatea contractantă, care se publică în SEAP, după expirarea termenelor de contestare prevăzute de Legea nr. 554/2004, respectiv după termenul de 6 luni de la emitere, ceea ce autoritățile contractante, respectiv ... și ... nu au respectat și abuziv au postat pe SEAP documentele constatatoare în datele de 14.06.2016 și 09.02.2016.

În urma contestațiilor, documentele emise sunt nule de drept până la emiterea unei hotărâri definitive.

... precizează că și-a îndeplinit în mod corespunzător obligațiile din contracte, iar rezilierea acestora a fost făcută unilateral și abuziv în timpul derulării acestora de către autoritățile contractante, motivele fiind neimputabile contestatorului, și anume, erori de proiectare și inexistența situației din proiectul tehnic cu realitatea din teren, fapt ce l-a determinat să conteste în instanță rezilierea unilaterală a contractelor și nedecontarea situațiilor de lucrări și a facturilor conform prevederilor contractuale, și să solicite recuperarea contravalorii lucrărilor executate și neîncasate, precum și a prejudiciilor cauzate de acest fapt.

Contestatorul precizează că afirmația autorității contractante că nu deține hotărâri judecătorești definitive care să fi suspendat definitiv sau temporar efectele respectivelor documente constatatoare, este abuzivă, având în vedere că în dosarele nr. ..., nr. ... și nr. ..., aflate pe rolul Tribunalului Teleorman, neexistând o Hotărâre definitivă, societatea nu poate intra sub incidența art. 167 alin. (1) lit. g), iar comisia de evaluare nu poate impune prezentarea de hotărâri judecătorești definitive atât timp cât dosarele sunt pe rol, în stadiu de soluționare și nu i se poate imputa faptul că din vina sa exclusivă s-au reziliat contractele sau a creat prejudicii beneficiarilor acestora, societatea beneficiind de prezumția de nevinovăție, iar excluderea societății pe acest motiv încalcă cele norme ale N.C.P.Civ.

Contestatorul subliniază că documentele pe care autoritățile contractante le-au postat pe site-ul SEAP nu reprezintă acte administrative, sunt certificate constatatoare și nu reprezintă acte date în exercițiul puterii publice.

Urmare celor antemenționate, ... solicită admiterea contestației, anularea actului atacat și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale.

Prin adresa nr. 3122/03.04.2017, înregistrată la Consiliu cu nr. 11900/04.04.2017, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestația formulată de ..., prin care solicită respingerea contestației ca nefondată, în conformitate cu prevederile art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, precum și continuarea procedurii de atribuire în sensul finalizării legale a acesteia, pentru următoarele motive:

Autoritatea contractantă precizează că documentația de atribuire în întregul său, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de lucrări, răspunsurile la solicitările de clarificări, nu au făcut obiectul niciunei contestații, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire. Pentru aceste motive, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 123 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, potrivit căruia ofertanții au obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire.

Privitor la contestația formulată de ofertantul ..., autoritatea contractantă subliniază netemeinicia acesteia având în vedere următoarele:

În urma verificării DUAЕ prezentate de către ofertanți, astfel cum este consemnat în procesul verbal de analizare a DUAЕ nr. 2094/09.03.2017, Comisia de evaluare a respins, în condițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, oferta prezentată de Asocieria ...

Înainte de a proceda la verificarea formularelor DUAЕ prezentate de către ofertanți, comisia de evaluare a verificat pe site-ul www.e-licitatie.ro la secțiunea Documente constatatoare, toți operatorii economici înscriși în procedură.

Urmare a transmiterii deciziei comisiei de evaluare, operatorul ... a depus, în data 15.03.2017, Notificare prealabilă, la care autoritatea contractantă a răspuns, Comisia de evaluare justificând și argumentând decizia de a respinge oferta conform art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, declarată inacceptabilă conform art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016.

În cadrul procesului verbal de evaluare, Comisia de evaluare a constatat, privitor la oferta depusă de către contestatoare, că operatorul economic ... are publicate un număr de 5 (cinci) documente constatatoare emise de Municipiul Roșiorii de Vede, din care reiese că operatorul economic nu și-a îndeplinit corespunzător contractele încheiate. În cadrul acestor contracte operatorul a avut și abateri de la respectarea normelor de securitate și sănătate a muncii, PSI, legislația de protecție a mediului, precum și prejudicii ce au fost aduse autorității contractante, precum și 2 (două) documente emise de Primăria Turnu Măgurele, cu privire la rezilierea cu daune a contractelor aceluiași operator economic.

În urma verificării datelor care privesc operatorul ..., au fost identificate un număr de șapte documente constatatoare care confirmă

rezilierea de contracte și pagube/prejudicii aduse autorității contractante. Toate cele șapte certificate constatatoare postate în SEAP vizează contracte de lucrări.

Deși știa că se regăsește în această situație, ofertantul ... a completat DUAЕ, *Partea a III-a, motive de excludere, pct. C, Motive legate de insolventa, conflict de interese sau abateri profesionale*. Bifând „NU” se face vinovat de abatere profesională gravă, la fel bifând și la punctul „încălcarea obligațiilor în domeniul legislației muncii” și „încălcarea obligațiilor în domeniul legislației de mediu”. Existența unui număr mare de certificate constatatoare postate în SEAP susțin incorectitudinea informațiilor prezentate de asociatul ...

În DUAЕ, *Partea VI - Declarații finale*, ofertantul a precizat:

„Subsemnatul declar că informațiile prezentate în părțile II-V de mai sus sunt exacte și corecte și că au fost furnizate cunoscând pe deplin consecințele cazurilor grave de declarații false”.

Prin completarea acestor informații, ofertantul și-a asumat răspunderea asupra datelor incorecte furnizate autorității contractante.

Certificatele constatatoare postate în SEAP sunt accesibile public.

Rolul acestor documente constatatoare emise în baza legislației achizițiilor publice este de a oferi celorlalte autorități contractante informații cu privire la îndeplinirea/neîndeplinirea corespunzătoare de către ofertanți a obligațiilor asumate, precum și cu privire la îndeplinirea cerințelor de calificare în ceea ce privește situația lor personală.

Nu a existat niciun motiv care să justifice atitudinea ofertantului, reflectată în modul de completare a DUAЕ. În cazul în care ofertantul ar fi procedat corect, ar fi completat corespunzător DUAЕ, bifând „DA” se face vinovat de abatere profesională gravă, formularul DUAЕ ar fi deschis o nouă rubrică în care ofertantul avea posibilitatea să-și prezinte motivele și să combată datele înscrise în certificatele constatatoare postate în SEAP.

Comisia de evaluare a concluzionat că informațiile prezentate în DUAЕ nu sunt susținute de argumente, astfel că sunt incidente prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din lege. Comisia de evaluare, verificând pe portalul instanțelor just.ro, a constatat că pe rolul Tribunalului Teleorman se află:

- dosarul nr. ..., având ca obiect *Contencios administrativ si fiscal - litigiu privind achizițiile publice*, care, în data de 27.02.2017 a avut ca tip soluție „Amână cauza”, la cererea reclamantei (...) pentru lipsă de aparare;
- dosarul ..., având ca obiect *Contencios administrativ și fiscal - pretenții*, care, în data de 14.02.2017 avea tip soluție tot „Amână cauza”, pentru efectuarea expertizei cantabile și depunerea raportului;
- dosarul ..., având ca obiect *Contencios administrativ și fiscal - pretenții*, care, în data de 18.01.2017 avea tip soluție „Amână cauza” din lipsa raportului de expertiză.

După cum se observă, în aceste dosare, litigiile sunt în curs de soluționare, fără a se dispune prin hotărâre judecătorească suspendarea efectelor acestor documentele constatatoare până la soluționarea definitivă

a cererilor de anulare a acestora, astfel că documentele constatatoare se bucură în continuare de prezumția de legalitate și trebuie aplicate în continuare, pentru a da eficiență principiilor legalității și executării din oficiu a actelor administrative, ele fiind prezumate de lege.

Autoritatea contractantă nu a uzat de dreptul său de a solicita clarificări, deoarece datele prezentate nu pot fi considerate inadvertențe de formă, nefiind vorba despre o corectare a unor vicii de formă, și, prin urmare, nu sunt îndeplinite condițiile stipulate la art. 135 alin. (3) din lege. Autoritatea contractantă invocă prevederile art. 166 alin. (1) din normele metodologice aprobate prin H.G. nr. 395/2016 și precizează că, potrivit art. 14 alin. (1) din Legea nr. 554/2004, „în cazuri bine justificate și pentru prevenirea unei pagube iminente, o dată cu sesizarea, în condițiile art. 7, a autorității publice care a emis actul, persoana vătămată poate să ceară instanței competente să dispună suspendarea executării actului administrativ până la pronunțarea instanței de fond, iar conform art. 15 alin. (1) din aceeași lege, suspendarea executării actului administrativ unilateral poate fi solicitată de reclamant și prin cererea adresată instanței competente pentru anularea, în tot sau în parte, a actului atacat. În acest caz, instanța va putea dispune suspendarea actului administrativ atacat până la soluționarea definitivă și irevocabilă a cauzei. Cererea de suspendare se poate formula o dată cu acțiunea principală sau printr-o acțiune separată, până la soluționarea acțiunii în fond.

Din analiza coroborată a textelor legale mai sus prezentate rezultă că 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-și îndeplini în mod corespunzător obligațiile contractuale, fără a aduce prejudicii autorității contractante.

Fiind vorba de un act administrativ unilateral, acesta, potrivit legii contenciosului administrativ, se bucură de prezumția de legalitate, autenticitate și veridicitate, trăsături care constituie fundamentul caracterului executoriu. Suspendarea efectelor actului administrativ poate fi dispus de instanța de judecată în condițiile reglementate de art. 14 și 15 din Legea nr. 554/2004.

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

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. Astfel, dată fiind existența certificatelor constatatoare și răspunsul negativ al acestora la întrebarea „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”, comisia de evaluare nu avea motive să solicite clarificări ofertantei. Completarea eronată a formularului DUAЕ nu crea în sarcina autorității contractante obligația solicitării de informații suplimentare.

Din analiza documentelor rezultă că cele 5 (cinci) documente constatatoare, respectiv documentele nr. 12239/13.06.2016, 12240/13.06.2016, 12241/13.06.2016, 12242/13.06.2016, 12243/13.06.2016 emise de ..., publicate pe SEAP, documente din care reiese că operatorul ... și-a încălcat în mod grav și repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul contractelor de achiziție publică, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivelor contracte, generarea unor daune și că în cadrul acestora au fost abateri ale legislației privind respectarea normelor de securitate și sănătate a muncii, PSI, legislația de protecție a mediului, sunt considerate acte administrative ce prezintă o situație de fapt, rolul lor fiind acela de a oferi informații cu privire la capacitatea ofertantului de a-și îndeplini în mod corespunzător obligațiile contractuale, fără a aduce prejudicii autorității contractante. Fiind vorba de un act administrativ, acesta se bucură de prezumția de legalitate, autenticitate și veridicitate, trăsături care constituie fundamentul caracterului executoriu.

Având în vedere cele mai sus arătate, precum și faptul că ofertantul a completat documentul DUAЕ la secțiunea C: „Motive legate de insovență, conflicte de interese sau abateri profesionale, la punctul 1 încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile”, cu bifa „NU”, pe propria răspundere, având cunoștință de existența documentelor constatatoare enumerate anterior, Comisia de evaluare a interpretat această omisiune drept o încercare a ofertantului de a induce în eroare autoritatea contractantă.

Comisia de evaluare consideră că decizia de a respinge oferta ... conform art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, declarând-o inacceptabilă conform art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016 este temeinică.

Astfel, autoritatea contractantă reiterează solicitarea de a se constata caracterul netemeinic al contestației formulată de ... și de a dispune respingerea contestației ca nefondată, precum și continuarea procedurii de atribuire în sensul finalizării legale a acesteia.

În drept, autoritatea contractantă invocă prevederile Legii nr. 98/2016, H.G. nr. 395/2016, Legii nr. 101/2016.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „Proiectarea și execuția lucrărilor pentru obiectivele de investiții LOT 1 – Proiectarea și execuția lucrărilor de modernizare pe drumul județean DJ 643C, LOT 2 - Proiectarea și execuția lucrărilor de modernizare pe drumul

județean DJ 703D, LOT 3 - Proiectarea și execuția lucrărilor de modernizare pe drumul județean DJ 546E, LOT 4 - Proiectarea și execuția lucrărilor de modernizare pe drumul județean DJ 678E”, cod CPV 45233140-2 - Lucrări de drumuri (Rev.2), 71322000-1 - Servicii de proiectare tehnică pentru construcția de lucrări publice (Rev. 2). În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat, în SEAP, anunțul de participare nr. 170769/25.10.2016, potrivit căruia valoarea estimată, fără TVA, este de 41.677.164 RON, criteriul de atribuire ales fiind *„cel mai bun raport calitate-preț”*.

Analizând criticile formulate de contestatorii ... și ... în cadrul celor trei contestații în analiză, Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de decizia comisiei de evaluare de a respinge ofertele depuse de aceștia, la finalizarea etapei de analizare a DUAЕ, în baza dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, motivat de faptul că ofertanții *„și-au încălcat în mod grav obligațiile principale care le reveneau în cadrul unor contracte de achiziții publice, conform certificatelor constatatoare existente în SEAP la «Secțiunea Documente – Documente constatatoare», care confirmă rezilieri de contracte și prejudicii aduse Autorităților Contractante, susținute de decizii rămase definitive ale instanțelor, încălcări care au dus la neîndeplinirea clauzelor contractuale, cu crearea de prejudicii.”*

Procedând la soluționarea criticilor formulate de ..., Consiliul reține că autoarea contestației a formulat două contestații, astfel: o contestație pentru Lotul 2 și o contestație aferentă Loturilor 3 și 4. Autoritatea contractantă a emis actul nr. 2143/10.03.2017 (un singur act) pentru toate loturile la care ... a depus ofertă, motivul cu privire la respingerea ofertelor sale este identic pentru ambele loturi, astfel Consiliul va analiza contestațiile în mod unitar.

Se are în vedere că, sub aspectul motivului de respingere reținut, autoritatea contractantă, prin intermediul SEAP a intrat în posesia Documentului constatator nr. ... înregistrat în SEAP sub nr. 54786 privind neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către ... față de C.N.A.D.N.R. S.A. – D.R.D.P. Timișoara.

Analizând conținutul Documentului constatator nr. ..., Consiliul reține că acesta este emis în legătură cu Acordul cadru nr. ... având ca obiect „Lucrări de întreținere curentă pe timp de vară a drumurilor naționale și autostrăzilor 2013 – 2014 la D.R.D.P. Timișoara – Lot Tm 3 – S.D.N. DEVA”, în baza căruia s-au derulat 6 contracte subsecvente.

Pentru 2 dintre contractele subsecvente, autoritatea contractantă a menționat în cadrul documentului constatator la punctul 9 intitulat *„Prejudicii care au fost, sau care ar fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului”* următoarele:

- „La contractul subsecvent nr. 550/129/02.09.2014 s-au calculat penalități cu titlu de daune interese de 20% din valoarea totală a comenzii emise nr. 10/2262/16.09.2014, conform capitolului 13 «Sanțiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor», art. 13a) în valoare de **5.915,28 lei** (fără TVA) și s-a emis factura TM-07-15 nr. 00000303 din 17.04.2015, neachitată până la data prezentei”;
- „La contractul subsecvent nr. 550/21/31.03.2015 s-au calculat penalități de 0,1% pe zi de întârziere din valoarea contractului subsecvent (fără TVA), în valoare de **9.597,37 lei** (fără TVA), conform art. 19.3, emițându-se factura TM-07-15 nr. 00000602 din 09.07.2015, neachitată până la data prezentei”.

Așa cum rezultă din susținerile părților și din documentele aflate la dosarul cauzei, litigiul în contencios administrativ privind anularea Documentului constatator s-a finalizat cu respingerea acțiunii ... (dosarele nr. 6918/30/2015 ale Tribunalului Timiș și ale Curții de Apel Timișoara în care au fost pronunțate Hotărârile nr. 1873/16.12.2015 și nr. 1294/18.04.2016 prin care au fost respinse acțiunea, respectiv recursul formulate de ...).

Verificând documentele aflate la dosar, Consiliul mai reține că C.N.A.D.N.R. S.A. – Direcția Regională de Drumuri și Poduri TIMIȘOARA SA a depus la Tribunalul Timiș două acțiuni în pretenții pentru recuperarea penalităților menționate în cadrul Documentului constatator nr. 10/1496/13.07.2015. Astfel:

1. În vederea recuperării sumei de 9.597 lei (pentru care a fost emisă factura TM-07-15 nr. 00000602 din 09.07.2015) s-a constituit dosarul nr. ..., soluționat de Tribunalul Timiș prin Sentința civilă nr. ... prin care instanța a admis excepția inadmisibilității formulată de pârâtă și a respins acțiunea formulată de reclamantul C.N.A.D.N.R. S.A. – Direcția Regională de Drumuri și Poduri TIMIȘOARA SA ca inadmisibilă pentru lipsa plângerii prealabile.

Împotriva Sentinței civile nr. ... a formulat recurs C.N.A.D.N.R. S.A. – Direcția Regională de Drumuri și Poduri TIMIȘOARA S.A., acesta formând obiectul dosarului nr. ..., soluționat de Curtea de Apel Timișoara prin Decizia civilă nr. ... prin care recursul a fost respins ca tardiv introdus, decizia fiind definitivă.

2. În vederea recuperării sumei de 5.915,28 lei (pentru care a fost emisă factura TM-07-15 nr. 00000303 din 17.04.2015) s-a constituit dosarul nr. ..., soluționat de Tribunalul Timiș prin Sentința civilă nr. ... prin care instanța a respins cererea de chemare în judecată formulată de C.N.A.D.N.R. S.A. – Direcția Regională de Drumuri și Poduri TIMIȘOARA SA.

Pentru a decide astfel, instanța de judecată a reținut că:

„Între părți a fost încheiat contractul subsecvent de lucrări nr. 550/129 din 02.09.2014, reclamanta având calitate de achizitor, iar pârâta calitatea de executant.

Obiectul contractului a reprezentat executarea de lucrări de întreținere curentă pe timp de vară a drumurilor naționale și autostrăzilor 2014 la D.R.D.P Timișoara, Lot TM 3 - S.D.N. Deva.

În temeiul acestui contract, reclamanta a trimis pârâtei comanda nr. 10/2262/16.09.2014 (f 28). La punctul 2 al comenzii reclamanta a solicitat efectuarea de lucrări de «tratare burdușiri - ind. 101.2.1.2 pe sectorul de drum DN 74 km 23 + 150 dr = 210 mp», cu termen de finalizare 30.10.2014.

Aceasta este partea comenzii pe care reclamanta susține că pârâta nu a executat-o și pentru care solicită despăgubiri.

Reclamanta și-a întemeiat cerere de despăgubiri pe cap. 13, art. 13.1 (a) din contract care prevede că pentru neexecutarea totală a obligațiilor asumate și/sau care îi revin, în conformitate cu comenzile primite de la Achizitor și graficele de execuție aferente pentru execuția lucrărilor prevăzute în contract, Executantul are obligația de a plăti Achizitorului, cu titlu de daune — interese, o sumă în cuantum de 20% din valoarea totală a comenzii.

Instanța constată că cererea reclamantei, întemeiată pe această dispoziție contractuală este nefondată, fapt ce reiese din situația de fapt descrisă chiar de reclamantă, care a susținut că pârâta nu și-a executat doar o parte din comanda arătată mai sus, restul comenzii fiind executată.

În ceea ce privește neexecutarea de către reclamantă a lucrărilor de tratare burdușiri, din răspunsul la interogatoriu și din declarațiile martorilor Radu Emil Viorel și Todor Gheorghe reiese că respectivul sector de drum a fost afectat de viituri, producându-se o subspălare la zidul de sprijin. Din acest motiv sectorul drum nu a fost predat pe bază de proces - verbal către societatea pârâtă pentru efectuarea lucrărilor.

Potrivit art. 1350 din codul civil (2) Atunci când, fără justificare, nu își îndeplinește această îndatorire, ea este răspunzătoare de prejudiciul cauzat celeilalte părți și este obligată să repare acest prejudiciu, în condițiile legii.

Instanța constată că acest text de lege nu este aplicabil în cazul de față întrucât neexecutare s-a produs din cauze justificate, datorate atât de cazul fortuit privind viitura cât și din fapta reclamantei care nu a predat în mod corespunzător sectorul de drum pentru care societatea pârâtă să poată efectua lucrările de tratare burdușiri.

Pe cale de consecință, față de motivele de fapt și de drept arătate mai sus, instanța va respinge cererea de chemare în judecată ca neîntemeiată”.

Împotriva Sentinței civile nr. ..., a formulat recurs C.N.A.D.N.R. S.A. – Direcția Regională de Drumuri și Poduri TIMIȘOARA SA, acesta formând obiectul dosarului nr. ... Prin Decizia nr. ... Curtea de Apel Timișoara a admis recursul formulat de C.N.A.D.N.R. S.A. – Direcția Regională de Drumuri și Poduri TIMIȘOARA S.A, împotriva sentinței mai sus amintite si, in rejudecare, **a admis in parte acțiunea reclamantei obligând pe**

subscrisa la plata către CNADNR SA a sumei de 2.957,64 lei cu titlu de daune interese.

În raport de toate aspectele mai sus prezentate **"neexecutarea parțială a obligațiilor asumate prin contract"** a fost cuantificată de către instanța competentă la suma de **2.957,64 lei**, reprezentând 0,02% din valoarea acordului cadru.

Datele speței pe scurt sunt următoarele:

- în cadrul procesului verbal de evaluare, comisia de evaluare a constatat, privitor la ofertele depuse de către contestatoare, că pentru operatorul economic ... este publicat Documentul constatator nr. 54786 referitor la îndeplinirea obligațiilor contractuale emise de C.N.A.D.N.R. S.A., din care reiese ca operatorul economic nu și-a îndeplinit corespunzător contractul încheiat, în cadrul acestui contract operatorul având mențiunea „Nerespectarea termenelor contractuale de livrare produse/servicii/executare lucrări”. De asemenea a constatat faptul că în cadrul acestui document constatator au fost stabilite prejudicii, constând în calculul de penalități cu titlu de daune-interese în valoare de 5.915,28 lei pentru contractul subsecvent nr. 550/129/02.09.2014 și 9.597,37 lei pentru contractul subsecvent nr. 550/21/31.03.2015 aceluiași operator economic;

- autoritatea contractantă susține că întrucât ofertantul ... a completat DUAЕ, Partea a III-a, *"Motive de excludere, pct C, Motive legate de insolventa, conflict de interese sau abateri profesionale bifând "NU" se face vinovat de abatere profesionala grava. Existenta certificatului constatator postat în SEAP susține incorectitudinea informațiilor prezentate de asociatul ...* În DUAЕ, Partea VI Declarații finale, unde ofertantul a precizat: *"Subsemnatul declar ca informațiile prezentate în părțile II-V de mai sus sunt exacte și corecte și ca au fost furnizate cunoscând pe deplin consecințele cazurilor grave de declarații false"*. Astfel, autoritatea contractantă concluzionează faptul că prin completarea acestor informații, ofertantul și-a asumat răspunderea asupra datelor incorecte furnizate autorității contractante;

- autoritatea contractantă susține că cazul în care ofertantul ar fi procedat corect, respectiv ar fi completat corespunzător DUAЕ, bifând „DA” formularul DUAЕ ar fi deschis o noua rubrica în care ofertantul avea posibilitatea sa-și prezinte motivele și sa combata datele înscrise în certificatele constatatoare postate în SEAP;

- autoritatea contractantă a concluzionat că informațiile prezentate în DUAЕ nu sunt sustinute de argumente, astfel ca sunt incidente prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016;

- de asemenea mai susține că nu a uzat de dreptul sau de a solicita clarificari, deoarece datele prezentate nu pot fi considerate inadvertențe de forma, nefiind vorba despre o corectare a unor vicii de forma, și, prin urmare, nu sunt îndeplinite condițiile stipulate la art. 135 alin. (3) din Legea nr. 98/2016

Susținerile autorității contractante, potrivit cărora nu a uzat de dreptul sau de a solicita clarificări, deoarece pe de o parte datele prezentate nu pot fi considerate inadvertențe de formă, nefiind vorba despre o corectare a unor vicii de formă, iar pe de altă parte completarea eronată a DUAЕ nu crea în sarcina autorității contractante obligația solicitării de informații suplimentare, nu vor fi reținute de Consiliu în soluționare întrucât că în speța de față nu sunt incidente dispozițiile legale invocate, fiind aplicabile dispozițiile 166 alin. (8) din H.G. nr. 395/2016 [*Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare **are obligația** de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege*], dispoziții care obligă autoritatea contractantă la verificarea și analizarea documentului care implică tocmai efectuarea unui astfel de demers, în vederea probării/neprobării credibilității prin raportare la motivele de excludere.

Teama autorității de a avantaja societatea ofertantă prin solicitarea clarificării aspectului criticat nu este fondată, întrucât ofertanților trebuie să li se acorde dreptul de a își demonstra conformitatea ofertelor lor, iar clarificarea solicitată nu este de natură a crea un avantaj față de ofertantele concurente, întrucât vizau aspecte legate de un document care este public și pus la dispoziția prin intermediul platformei SEAP.

O astfel de clarificare este posibilă întrucât nu determină modificarea conținutului DUAЕ, ci doar *clarificarea informațiilor din cuprinsul acestui formular sub aspectul documentului constatator în discuție*, în acord cu Notificarea ANAP privind utilizarea DUAЕ.

Se are în vedere că, potrivit notificării mai sus amintite, ANAP a menționat că situațiile care conduc la respingerea ofertei/candidaturii fără posibilitatea de a solicita clarificări privind DUAЕ vizează *inadvertențe de fond*, respectiv reprezintă acele informații completate de ofertanți/candidați care nu confirmă îndeplinirea cerințelor minime de calificare/selecție formulate de către autoritatea contractantă/entitatea contractantă în fișa de date a achiziției.

Raționamentul conturat de autoritatea contractantă în favoarea argumentelor în temeiul cărora a decis că ... *"și-a încălcat în mod grav și repetat obligațiile principale"* nu este judicios în cauză și nu va fi reținut de Consiliu în soluționare din considerentele prezentate în continuare.

În speța sunt incidente următoarele dispoziții legale:

➤ **Legea nr. 98/2016:**

- art. 167 alin. (1) lit. g): *"Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: ... 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 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”;

- art. 169: "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 săvârșite înainte sau în cursul procedurii, în una dintre situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire”;

- art. 171: " (1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute

a

rt.

164

și

i

167

c

a

r

e

atrag exclu

dovez

i

care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

(2) În cazul în care 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.

(...)”;

➤ **H.G. nr. 395/2016:**

- art. 166: (1) **Autoritatea contractantă are obligația de a emite documente constatatoare care conțin informații referitoare la îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, la eventualele prejudicii, după cum urmează:** ... e) pentru contractele de lucrări atribuite printr-o procedură de atribuire: în termen de 14 zile de la data încheierii procesului-verbal de recepție la terminarea lucrărilor și, suplimentar, în termen de 14 zile de la data încheierii procesului-verbal de recepție finală a lucrărilor, întocmit la expirarea perioadei de garanție a lucrărilor în cauză. (2) În situația prevăzută la art. 144 alin. (1), documentul constatator se emite în termen de 14 zile de la data la care ar fi trebuit încheiat contractul de achiziție public/acordul-cadru, dacă ofertantul nu ar fi refuzat semnarea acestuia, sau de la data de la care a fost reziliat acesta, în cazul în care există contract semnat. (3) Autoritatea contractantă are următoarele obligații: a) să elibereze un exemplar al documentului constatator contractantului; b) să păstreze un exemplar la dosarul achiziției publice. (4) Documentele constatatoare emise de către entitatea contractantă în conformitate cu prevederile alin. (1) și (2) pot fi contestate potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare. (5) Documentele constatatoare emise de către entitatea contractantă în conformitate cu prevederile alin. (1) și (2) se publică în SEAP, după expirarea termenelor de contestare prevăzute de Legea nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare. ... (8) **Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege.**

Din coroborarea dispozițiilor legale invocate, rezultă că emiterea documentului constatator de către C.N.A.I.R. S.A. în referire la nerespectarea termenelor contractuale de executare lucrări (constând în întârzieri în respectarea termenelor de execuție a lucrărilor), cu prejudiciu de 2.957,64 lei cu titlu de daune interese, nu trebuia să conducă automat la excluderea ofertei prezentate de ..., în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

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 constatator 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.

Analizând modalitatea în care comisia de evaluare a ajuns la excluderea ofertelor depuse de autoarea contestațiilor, Consiliul observă că membrii ei nu au întocmit niciun document din care să reiasă aplicabilitatea dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, respectiv că au analizat dacă potrivit Documentului constatator nr. ... *„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”*.

Simpla mențiune cu privire la excluderea ofertelor depuse de autoarea contestațiilor menționate în cadrul Procesului-verbal de analizare a DUA nr. 2094/09.03.2017, respectiv *” Asocierea ... - respins, în condițiile art 167 alin. (1), lit g, din Legea nr. 98/2016, în sensul că operatorul economic și-a încălcat în mod grav obligațiile principale ce îi reveneau în cadrul unor contracte de achiziții publice, cu crearea de prejudicii, existent în sistem încărcate la ”Secțiunea Documente - Documente constatatoare - certificate constatatoare care confirmă rezilieri de contracte și prejudicii aduse autorității contractante, susținute de decizii ale instanțelor rămase definitive”*, nu echivalează cu analiza ce trebuia efectuată de membrii comisiei pentru stabilirea îndeplinirii condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

În lipsa efectuării oricărui demers vizavi de aspectele reținute de membrii comisiei de evaluare, cele raționate de autoritatea contractantă în cadrul punctul său de vedere nu pot fi reținute de Consiliu.

Din cele de mai sus, se observă că decizia autorității contractante s-a bazat exclusiv pe informațiile preluate din documentul constatator în discuție, **nesolicitându-se ofertantei contestatoare nicio clarificare cu privire la cele menționate în cadrul Procesului-verbal de analizare a DUA nr. 2094/09.03.2017**. Comisia de evaluare nu a întocmit niciun document din care să rezulte că a verificat îndeplinirea condițiilor cumulative stipulate de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, potrivit căroră *„autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: ... 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 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”*.

Având în vedere cele mai sus menționate, Consiliul reține că prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) nu trebuie utilizate ca un instrument de excludere a oricărui operator economic care a greșit la un moment în contextul îndeplinirii unui contract, cu atât mai mult cu cât este posibil să existe o culpă comună a autorității contractante și executantului. Astfel, aprecierea lăsată la latitudinea autorității contractante nu trebuie interpretată ca fiind echivalentă cu un drept ce poate fi exercitat în orice condiții, sau că existența documentului constatator, conduce, de drept, la respingerea ofertantului. Deși dispozițiile art. 166 din H.G. nr. 395/2016 arată că documentul constatator este un act administrativ, de aici nu se poate desprinde concluzia că el este prezumat a fi valabil, din moment ce însuși legiuitorul obligă autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, să verifice dacă cele cuprinse în conținutul său respectă condițiile prevăzute în lege [(8) *Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege*].

Analizând prevederile legale antemenționate, rezultă că pentru a putea exclude un operator economic, trebuie îndeplinite cumulativ, și nu alternativ, următoarele condiții:

- operatorul economic **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;

- încălcarea acestor obligații a condus la **încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.**

Față de cele de mai sus, Consiliul apreciază că, pentru a uza de prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 referitoare la excluderea ofertei societății contestatoare, autoritatea contractantă ar fi trebuit să aibă certitudinea îndeplinirii condițiilor cumulative mai sus menționate, or lipsa anumitor informații din documentul constatator în discuție trebuia să conducă la verificări suplimentare din partea autorității contractante.

Măsura excluderii ca urmare a incidenței art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 poate fi luată de autoritatea contractantă pe baza unor dovezi clare, certe, din care să rezulte fără dubiu că sunt îndeplinite condițiile cumulative prevăzute de dispozițiile legale, ceea ce înseamnă că, anterior respingerii ofertei, **autoritatea contractantă trebuia să clarifice cu ofertanta contestatoare aspectele constatate ca urmare a consultării Documentului constatator nr. ..., pentru a obține informații și documente din care să rezulte, cu certitudine, îndeplinirea condițiilor prevăzute de dispozițiile legale citate, în lipsa acestora oferta fiind în mod eronat respinsă.**

Din analiza documentului constatator în discuție, se constată că în cadrul acestuia, beneficiarul nu a menționat față de îndeplinirea obligațiilor

în mod necorespunzător (în cadrul Acordului – cadru nr. 92/27168/23.04.2013, respectiv contractul subsecvent nr. 550/129/02.09.2014 și nr. 550/21/31.03.2015) că **„operatorul economic 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 comparabile).**

În speță, autoritatea contractantă nu a prezentat nicio dovadă privind demersurile făcute cu privire la modul de derulare a contractelor invocate în documentul constatator a culpei ofertantei și a **încălcării în mod grav sau repetat** a obligațiilor contractuale ce-i reveneau, cu consecința **încetării anticipate a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.**

În acest context, Consiliul reține că la dosarul cauzei nu există niciun document/nu este invocat niciun argument care să susțină condițiile prevăzute de legiuitor referitoare la **încălcarea în mod grav sau repetat** a obligațiilor contractuale, cu consecința **încetării anticipate a contractului subsecvent nr. 138/20.11.2015, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.**

De altfel și Curtea de Apel Oradea – Secția a II-a Contencios, Adminstrativ și Fiscal în Decizia nr. ... pronunțată în dosarul nr. ... și Decizia nr. ..., pronunțată în Dosarul În cadrul Deciziei nr. ... din 27.09.2016 pronunțată în dosarul nr. ..., a statuat, **în legătură cu același document constatator** nr. ... înregistrat în SEAP sub nr. ..., care constituie motivul de respingere în prezenta cauză, următoarele:

„Curtea reține că nu este suficient că fapta ofertantului de a nu-și fi îndeplinit obligațiile contractuale sau de a le fi îndeplinit necorespunzător să fi produs beneficiarului un prejudiciu, ci ca acest prejudiciu să fie grav.

*Or, această condiție nu este îndeplinită în speță, **un prejudiciu de 5.915,28 lei, la o valoare infinit mai mare a contractului, reprezentând un prejudiciu nesemnificativ, infim.***

În mod corect a reținut Consiliul că autoritatea contractantă nu a solicitat CNADNR să-i comunice dacă a apreciat că în derularea contractelor cu pricina, SC Diferit i-a pricinuit un grav prejudiciu, deși ar fi trebuit să o facă, aceasta fiind singura în măsură să aprecieze dacă prejudiciul suferit, generat de ofertanta SC Diferit, a fost grav sau nu.

Pe de altă parte, Curtea constată că ulterior emiterii documentului constatator, CNADNR a mai atribuit și alte contracte SC Diferit SRL, situație în care este evident că nu a făcut aplicarea prevederilor art. 181 lit. c ind. 1 din OUG nr. 34/2006, deși, dacă ar fi considerat că prin atitudinea sa culpabilă acest ofertant i-a pricinuit anterior, în derularea contractelor grave prejudicii, firesc era să facă aplicarea acestor dispoziții legale și să excludă oferta unui astfel de agent economic.

Iar în cadrul Deciziei nr. 1852/CA/2016-R din 27.09.2016 pronunțată în dosarul nr. 507/35/CA/2016, Curtea a statuat următoarele:

" Prin raportare la norma legală incidentă și la probațiunea administrată s-a constatat în mod corect de către Consiliu că măsura excluderii ca efect al incidenței art. 181 lit. c1) din OUG nr. 34/2006 nu se impunea. Din documentul constatatator rezultă că nici măcar autoritatea contractantă emitentă (CNADNR) nu ar fi apreciat prejudiciul ca fiind grav, de vreme ce, prin diverse direcții regionale, a atribuit societății DIFERIT SRL, ulterior emiterii acestuia, noi contracte, fără a uza ea însăși de dreptul conferit de dispozițiile art. 181 lit. c1) din OUG nr. 34/2006

Consiliul a invocat în sprijinul soluției adoptate atât normele de drept comunitar, respectiv art. 45 din Directiva 18/2004/CE, cât și jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene (cauza C-465/11) reținând că poate fi exclus de la participarea la un contract un operator economic „care s-a făcut vinovat de o gravă abatere profesională, dovedită prin orice mijloace pe care autoritățile contractante le pot justifica".

A reținut, în mod întemeiat, că noțiunea „abatere gravă" presupune din partea operatorului economic un comportament care denotă o intenție culpabilă sau neglijență de o anumită gravitate din partea sa, astfel că o executare incorectă, imprecisă sau defectuoasă a unui contract sau a unei părți din contract nu echivalează în mod automat cu o abatere gravă, menționând că prevederile art. 181 lit. c1 nu trebuie utilizate ca un instrument de excludere a operatorului economic care a greșit la un moment dat în contextul îndeplinirii unui contract, iar atitudinea autorității contractante nu trebuie interpretată ca fiind echivalentă cu un drept ce poate fi exercitat în orice condiții, fiind necesară probarea unui cumul de condiții care urmează a fi îndeplinite pentru ca decizia de excludere sa poată fi considerată una corectă".

Așadar, Consiliul reține că instanța de apel a statuat în sensul că simpla existență a documentului constatatator nu dă dreptul autorității contractante la excluderea ofertei din procedura și că în speță, nu există încălcări contractuale grave sau repetate, față de lipsa de gravitate a încălcării și față de faptul că însăși autoritatea emitentă a documentului a atribuit ulterior contracte de lucrări către ..., excluderea ofertelor depuse de ofertant din procedura analizată nu este justificată.

*Potrivit art 430 din Codul de procedura civila, hotărârea judecătorească ce soluționează, în tot sau în parte, fondul procesului sau statuează asupra unei excepții procesuale ori asupra oricărui alt incident **are, de la pronunțare, autoritate de lucru judecat cu privire la chestiunea tranșată.** Autoritatea de lucru judecat privește dispozitivul, precum și considerentele pe care acesta se sprijină, inclusiv cele prin care s-a rezolvat o chestiune litigioasă.*

Potrivit art. 431 alin. (2) Cod procedură civilă "Oricare dintre părți poate opune lucrul anterior judecat într-un alt litigiu, dacă are legătură cu soluționarea acestuia din urmă".

În literatura de specialitate se arată că pentru a exista identitate de obiect nu este nevoie ca obiectul să fie formulat în ambele acțiuni în

același mod, ci este suficient ca din cuprinsul acțiunilor să rezulte că este același.

Doctrina și jurisprudența s-au exprimat în sensul că nu este necesară tripla identitate de părți, obiect și cauză pentru a fi invocat lucrul judecat, câtă vreme se aduce în discuție o chestiune litigioasă soluționată anterior.

De aici rezultă și identitatea de cauză, precum și că pentru a exista identitate de obiect între două acțiuni este suficient ca din cuprinsul lor să rezulte că scopul final urmărit de reclamant este același în ambele acțiuni și, chiar dacă în primul litigiu s-a discutat numai pe cale incidentală un drept invocat de o parte, soluția dată de instanță are putere de lucru judecat într-o nouă acțiune în care se încearcă valorificarea aceluiași drept.

Motivarea în fapt și drept pe care se întemeiază contestația este importantă pentru că, alături de obiectul acesteia determină calitatea procesuală a părților și interesează în problema litispendenței și a autorității de lucru judecat.

Organul administrativ nu poate relua aspectul cu privire la documentul constatator în discuție, pe motiv că există lucrul judecat asupra aspectului dezlegat, el neputând fi readus în discuție.

În consecință, luând în considerare aspectele de fapt și de drept mai sus menționate, Consiliul apreciază că în speță, autoritatea contractantă putea să solicite contestatoarei, în temeiul dispozițiilor art. 209 din Legea nr. 98/2016, coroborate cu prevederile art. 134 din H.G. nr. 395/2016, clarificări în legătură cu modificarea situației existente situate la nivelul DUAЕ-ului, având în vedere că în cadrul rubricii din formularul DUAЕ, Partea a III-a, Motive de excludere, pct C - Motive legate de insolvența, conflict de interese sau abateri profesionale, ... se încadrează sub aspectul "că au fost impuse daune interese".

Însă constatând că autoritatea contractantă nu a respins oferta contestatoarei pentru situația existentă la nivelul DUAЕ-ului, ci pentru îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, Consiliul apreciază că această clarificare nu are nicio finalitate, în raport de cele statuate de Curtea de Apel.

Nefiind demonstrată de către achizitoare îndeplinirea condițiilor la care face referire art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, ofertele depuse de autoarea contestațiilor nu puteau fi excluse.

Se constată, astfel, față de cele de mai sus, că în mod nelegal au fost respinse ofertele contestatoarei, impunându-se reevaluarea acestora.

Trecând la soluționarea contestației formulate de ..., așa cum a fost mai sus reținut, criticile formulate de autoarea contestației vizează aspecte legate tot de *decizia comisiei de evaluare de a respinge oferta depusă de acest operator economic*, la finalizarea etapei de analizare a DUAЕ, în baza dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, motivat de faptul că ofertantul „și-a încălcat în mod grav obligațiile principale care le reveneau în cadrul unor contracte de achiziții publice, conform certificatelor constatatoare existente în SEAP la «Secțiunea Documente - Documente constatatoare», care confirmă rezilieri de

contracte și prejudicii aduse Autorităților Contractante, susținute de decizii rămase definitive ale instanțelor, încălcări care au dus la neîndeplinirea clauzelor contractuale, cu crearea de prejudicii.”

Ca și în cazul precedent analizat, autoritatea contractantă a motivat decizia de excludere a ofertei depuse pe considerentul că urma verificării datelor care privesc operatorul ... au fost identificate un număr de șapte documente constatatoare care confirma rezilierea de contracte și pagube/prejudicii aduse autorității contractante. Toate cele șapte certificate constatatoare postate în SEAP vizează contracte de lucrări.

Mai menționează autoritatea contractantă faptul că, în cazul operatorului economic ..., lider al Asocierii ..., au fost publicate pe SEAP un nr. de 5 documente constatatoare referitoare la îndeplinirea obligațiilor contractuale emise de Municipiul Roșiorii de Vede, din care reiese că operatorul economic nu și-a îndeplinit corespunzător contractele încheiate, în cadrul acestor contracte operatorul a avut și abateri de la respectarea normelor de securitate și sănătate a muncii, PSI, legislația de protecție a mediului, precum și prejudicii ce au fost aduse autorității contractante și 2 documente emise de Primăria Turnu Măgurele, cu privire la rezilierea cu daune a contractelor aceluiași operator economic.

Autoritatea contractantă și în cazul ofertei depuse de ... nu a solicitat nicio clarificare în referire la documentele constatatoare, pe același considerent, respectiv datele prezentate (ofertantul a bifat NU în DUAE) nu pot fi considerate inadvertențe de formă, nefiind vorba despre o corectare a unor vicii de formă, și, prin urmare, nu sunt îndeplinite condițiile stipulate la art. 135 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Se are în vedere că ..., urmare a primirii actului de comunicare a deciziei de respingere a ofertei depuse a notificat autoritatea contractantă și a adus următoarele argumente în favoarea faptului că decizia autorității contractante nu respectă dispozițiile legale, respectiv faptul că pe rolul Tribunalului Teleorman se afla judecarea cauzelor următoarelor dosare:

- Dosarul nr. ..., părțile fiind ..., în calitate de reclamant în contradictoriu cu pârâtele ..., ... și chematul în garanție - ..., având ca obiect Contencios Administrativ și fiscal - litigiu privind achizițiile publice;

- Dosarul nr. ... părțile fiind ..., în calitate de reclamant în contradictoriu cu pârâta ..., având ca obiect Contencios Administrativ și fiscal – pretenții;

- Dosarul nr. ... părțile fiind ... , în calitate de reclamant în contradictoriu cu pârâta ..., având ca obiect Contencios Administrativ și fiscal – pretenții.

- societatea contestatoare în cererile de chemare în judecată a solicitat anularea documentelor constatatoare emise de ... și ... publicate în Sistemul Electronic de Achiziții Publice (SEAP), potrivit dispozițiilor art. 166 alin (4) din HG 395/2016 documentele constatatoare emise de către autoritatea contractantă pot fi contestate conform Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare (astfel cum a fost mai sus reținut dosarul nr. ... fiind înregistrat la Tribunalul

Teleorman în data de 28.10.2016, dosarul nr. ... în data de 20.04.2016, dosarul nr. 425/8/2016 în data de 01.03.2016;

- autoarea contestației menționează și faptul că prevederile art. 166 alin.(5) din H. G. nr 395/2016 stipulează că "*Documentele constatatoare emise de către autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile alin. (1) și (3) se publică în SEAP, după expirarea termenelor de contestare prevăzute de Legea nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare*", termenul fiind de 6 luni de la emitere, ceea ce autoritățile contractante, respectiv U.A.T.M. Turnu Măgurele și U.A.T.M. Roșiorii de Vede nu au respectat și au postat abuziv pe SEAP documentele constatatoare în datele de 14.06.2016 și 09.02.2016;

- în continuare autoarea contestației menționează că "*societatea noastră și-a îndeplinit în mod corespunzător obligațiile din contracte, iar rezilierea acestora a fost făcută unilateral și abuziv în timpul derulării acestora de către autoritățile contractante, motivele fiind neimputabile noua, și anume, erori de proiectare și inexistența situației din proiectul tehnic cu realitatea din teren, fapt ce ne-a determinat să contestăm în instanța rezilierea unilaterală a contractelor și nedecontării situațiilor de lucrări și a facturilor conform prevederilor contractuale, și să solicităm recuperarea c/valorilor lucrărilor executate și neincasate, precum și a prejudiciilor cauzate de acest fapt*".

În mod similar, membrii comisiei de evaluare au consemnat în cadrul Procesului-verbal de analizare a DUA nr. 2094/09.03.2017, faptul că: "... - respins, în condițiile art. 167 alin. (1), lit g, din Legea nr. 98/2016, în sensul că operatorul economic și-a încălcat în mod grav obligațiile principale ce îi reveneau în cadrul unor contracte de achiziții publice, cu crearea de prejudicii, existent în sistem încărcate la "Secțiunea Documente - Documente constatatoare - certificate constatatoare care confirmă rezilieri de contracte și prejudicii aduse autorității contractante, susținute de decizii ale instanțelor rămase definitive", simpla mențiune cu privire la excluderea ofertei depuse de autoarea contestației nu echivalează cu analiza ce trebuia efectuată de membrii comisiei pentru stabilirea îndeplinirii condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

În lipsa efectuării oricărui demers vizavi de aspectele reținute de membrii comisiei de evaluare, cele raționate de autoritatea contractantă în cadrul punctului său de vedere nu pot fi reținute de Consiliu.

Având în vedere faptul că, criticile formulate de ... vizează aceleași aspecte, în referire la decizia de respingere a ofertei (motivată de faptul că operatorul economic și-a încălcat în mod grav obligațiile principale ce îi reveneau în cadrul unor contracte de achiziții publice) față de care Consiliul s-a pronunțat anterior cu ocazia soluționării contestațiilor formulate de ..., cele reținute de Consiliu sunt valabile și în acest caz.

Măsura excluderii ca urmare a incidenței art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 poate fi luată de autoritatea contractantă pe baza unor dovezi clare, certe, din care să rezulte fără dubiu că sunt îndeplinite

condițiile cumulative prevăzute de dispozițiile legale, ceea ce înseamnă că, anterior respingerii ofertei, **autoritatea contractantă trebuia să clarifice cu ofertanta contestatoare aspectele constatate ca urmare a consultării documentelor constatatoare pentru a obține informații și documente din care să rezulte, cu certitudine, îndeplinirea condițiilor prevăzute de dispozițiile legale citate, în lipsa acestora oferta fiind în mod eronat respinsă.**

În speță se impune ca autoritatea contractantă să facă verificări în acest sens și să clarifice cu ofertantul /emitentul documentului constatator aspectele care conduc la existența/inexistența situației de excludere în referire la dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98./2016.

În speță, autoritatea contractantă nu a prezentat nicio dovadă privind demersurile făcute cu privire la modul de derulare a contractelor invocate în documentul constatator a culpei ofertantei și a **încălcării în mod grav sau repetat** a obligațiilor contractuale ce-i reveneau, cu consecința **încetării anticipate a respectivului contract.**

În acest context, Consiliul reține că la dosarul cauzei nu există niciun document/nu este invocat niciun argument care să susțină condițiile prevăzute de legiuitor referitoare la **încălcarea în mod grav sau repetat** a obligațiilor contractuale, cu consecința **încetării anticipate a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.**

Potrivit art. 1556 alin. (1) din Codul civil *"Atunci când obligațiile născute dintr-un contract sinalagmatic sunt exigibile, iar una dintre părți nu execută sau nu oferă executarea obligației, cealaltă parte poate, într-o măsură corespunzătoare, să refuze executarea propriei obligații, afară de cazul în care din lege, din voința părților sau din uzanțe rezultă că cealaltă parte este obligată să execute mai întâi"*.

Astfel cum invocă și contestatoarea, excepția *non adimpleti contractus* reprezintă un mijloc de apărare aflat la dispoziția uneia dintre părțile contractului sinalagmatic pe care îl exercită în cazul în care i se pretinde executarea obligației ce-i incumbă, fără ca partea care pretinde această executare, să-și execute propriile obligații.

Autoritatea contractantă nu putea ignora toate documentele și explicațiile aduse de ... și să ia în considerare, pentru a decide excluderea ofertantei de la procedură, doar documentele constatatoare emise de Primăria Turnu Măgurele și Municipiul Roșiorii de Vede.

Nefiind demonstrată de către achizitoare îndeplinirea condițiilor la care face referire art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, oferta depusă de autoarea contestației nu putea fi exclusă.

Se constată, astfel, față de cele de mai sus, că în mod nelegal a fost respinsă oferta contestatoarei, impunându-se reevaluarea acesteia.

În consecință, luând în considerare aspectele de fapt și de drept mai sus menționate, Consiliul apreciază că în speță, se impune ca autoritatea contractantă, să solicite, în temeiul dispozițiilor art. 209 din Legea nr. 98/2016, coroborate cu prevederile art. 134 din H.G. nr. 395/2016, pe de

o parte, contestatoarei clarificări în legătură cu documentele constatator în discuție.

Față de ansamblul considerentelor expuse în paginile de mai sus, se reține că evaluarea ofertelor depuse de ... și de ... a înregistrat abateri de la cadrul legal, situație în care critica ambelor societăți contestatoare privind nelegalitatea respingerii ofertelor este întemeiată. În consecință, în baza 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestațiile formulate de ... și de ..., va anula Procesul-verbal de analizare a DUAЕ nr. 2094/09.03.2017, în partea care privește oferta ... pentru Loturile 2, 3 și 4 și oferta ... pentru Lotul nr. 4, precum și adresele de comunicare a rezultatului procedurii transmise acestor ofertante și ofertanților declarați câștigători pe loturile respective, cu respectarea celor din motivare, a documentației de atribuire și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice.

Având în vedere că ... a avansat cheltuieli de soluționare a contestației, constând în cheltuieli aferente serviciilor juridice în valoare de 16.660 lei (inclusiv T.V.A.), dovedite prin factura nr. 044/31.03.2017 și ordinul de plată nr. 800 din data de 31.03.2017 ținând cont de complexitatea cauzei, Consiliul, va reduce, în conformitate cu art. 451 alin. (2) din Codul Civil, cheltuielile aferente serviciilor juridice la 3.000 lei și în temeiul art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, va obliga autoritatea contractantă, fiind partea în culpă, la plata către ... a sumei de 3000 lei.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite contestațiile formulate de ... și de ..., ambele în contradictoriu cu

Anulează Procesul-verbal de analizare a DUAЕ nr. 2094/09.03.2017, în partea care privește oferta ... pentru Loturile 2, 3 și 4 și oferta ... pentru Lotul nr. 4, precum și adresele de comunicare a rezultatului procedurii transmise acestor ofertante și ofertanților declarați câștigători pe loturile respective. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor ... pentru Loturile 2, 3 și 4 și oferta ... pentru Lotul nr. 4 și la stabilirea rezultatului procedurii, în termen de 15 zile de la data primirii prezentei.

În temeiul art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, obligă autoritatea contractantă, fiind partea în culpă, la plata către ... a sumei de 3.000 lei.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...