CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

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

DECIZIE

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

Prin contestaţia nr. 1003/08.11.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 46873/12.11.2018, formulată de SC ...SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerţului sub nr. ..., având CUI RO ..., reprezentată legal de ..., împotriva rezultatului procedurii transmis prin adresa nr. 19177/06.11.2018, emisă de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă cu etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică având ca obiect *„Furnizare, transport și distribuție a merelor în școli, pentru elevii învățământului primar și gimnazial de stat și privat, precum și pentru preșcolarii din grădinițele de stat și private cu program normal de 4 ore, din județul ...”*, anunț de participare nr. CN1003592, publicat în SICAP la data de 30.08.2018, s-a solicitat:

- Admiterea contestației și anularea rezultatului transmis prin adresa de comunicare nr. 19177/06.11.2018, a raportului procedurii și a tuturor documentelor subsecvente;
- Obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de SC ...SRL, cu respectarea tuturor prevederilor legale;
- Obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire, de la etapa verificării admisibilității ofertelor.

De asemenea, s-a solicitat de către contestatoare suspendarea procedurii de atribuire până la soluţionarea fondului contestaţiei. Prin Încheierea nr. 859/C4/3330/19.11.2018, Consiliul s-a pronunţat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire până la soluţionarea fondului contestaţiei, pe care l-a admis.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţia formulată de SC ...SRL, împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. 19177/06.11.2018, emisă de ..., prin care solicită: admiterea contestației și anularea rezultatului transmis prin adresa nr. 19177/06.11.2018, a raportului procedurii și a tuturor documentelor subsecvente; obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de SC ...SRL, cu respectarea tuturor prevederilor legale; obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire, de la etapa verificării admisibilității ofertelor.

Contestatoarea arată că în urma primirii cererii de clarificare nr. 18276/22.10.2018, prin care i se cerea să motiveze de ce la nivelul DUAE, la punctul *„Încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile”* a bifat „NU", deși a existat un prejudiciu anterior, a răspuns în data de 25.10.2018, încărcând în platforma SICAP răspunsul la clarificare, în care a argumentat că nu a existat un prejudiciu anterior, fapt reieșit și din documentele anexate contestației depuse.

La data 06.11.2018, autoritatea contractantă a comunicat ...SRL că a fost exclusă din procedură în baza art. 167 alin. (1) lit. g), invocându-se un prejudiciu în valoare de 677.533,38 lei, fără TVA, apărut în urma derulării contractului nr. 1527/30.01.2015, având ca obiect *„Furnizare mere pentru elevii din județul ..., anul școlar 2014-2015”.*

În continuare, petenta învederează Consiliului că în anul 2016 ...SRL a fost descalificată, potrivit comunicării nr. 4540/24.03.2016, de către ..., în cadrul procedurii aferente anunțului de participare nr. 165464/13.01.2016, având ca obiect *„Acord-cadru de furnizare, transport și distribuție mere pentru elevii din clasele pregătitoare și din clasele I- VIII din învățământul de stat și privat din județul ..."*, în baza art. 181 lit. c^1) din OUG 34/2016, pe motiv că în ultimii doi ani nu și-a îndeplinit sau și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale, din motive imputabile ofertantului în cauză.

Contestatoarea menționază că prejudiciul invocat este același și la prezenta procedură, referitor la contractul nr. 1527/30.01.2015, având ca obiect *„Transport și distribuție mere pentru elevii din clasele pregătitoare și din clasele I- VIII din învățământul de stat și privat din județul ..., în anii școlari: 2015-2016; 2016-2017; 2017-2018”.*

...SRL precizează că a contestat la acel moment decizia de excludere, Consiliul, prin Decizia nr. 688/C11/657 din 25.04.2016, admițând contestația și dispuând continuarea procedurii de atribuire. Autoritatea contractantă a formulat plândere împotriva acestei decizii, Curtea de Apel București admițând plângerea prin Decizia civilă nr.

3386/07.06.2016, pentru un presupus prejudiciu urmare a faptului că ... a respins cererile de plată, din motive imputabile SC ...SRL, în calitate de prestator.

... a acționat în instanță ... - ... pentru anularea, în totalitate, a cererii de plată nr. 13545/2015. Ca urmare a acestui proces, instanța a obligat ... să plătească toate sumele către ..., cu consecința anulării presupusului prejudiciu imputabil SC ...SRL, respectiv acest prejudiciu să nu mai existe.

Achiziția având ca obiect „Furnizare, transport și distribuție mere pentru elevii din clasele pregătitoare și din clasele I-VIII din învățământul de stat și privat, din județul ..., în anii școlari: 2015 - 2016; 2016 - 2017; 2017 – 2018” și Hotărârea civilă definitivă nr. 3386/2016 a Curții de Apel București, au fost publicate anterior deciziei cu privire la procesul intentat împotriva ..., în dosarul nr. 4695/2/2016.

Ca urmare a acestui proces, ... a avut câștig de cauză împotriva ..., urmând ca prejudiciul din vina ...(chemată în garanție), la care se face referire, să rămână fără obiect.

În susținere, petenta a atașat contestației extrasul doveditor de pe portalul Curții de Apel București în care se specifică: *„Anulează notificarea de respingere a cererii de plată nr. 1187/15.02.2016, emisă de pârâtă. Obligă pârâta să aprobe cererea de plată nr. 13545/29.09.2015 și să parcurgă procedura de rambursare a cheltuielilor cuprinse în respectiva cerere. Respinge cererea de chemare în garanție ca ramasă fără obiect”.*

Contestatoarea solicită Consiliului să constate că motivul invocat de autoritatea contractantă nu mai corespunde (nu se încadrează) prevederilor impuse de art. 181 lit. c^1 din O.U.G. nr. 34/2006, abrogată, pentru că presupusul prejudiciu a fost recuperat în integralitate de la .... Totodată, consideră că prin motivele pe care autoritatea contractantă le invocă în cadrul înștiințării privind faza finală de licitație electronică, autoritatea contractantă a încălcat normele legale, deoarece mențiunile la care face aceasta referire nu se încadrează în prevederile articolului pe baza căruia oferta sa nu a fost acceptată, ci fac referire la o sumă pe care ... se află în situația de a nu o recupera, deși există o hotărâre civilă în acest sens, decizie care, în opinia sa, o absolvă de la orice obligație de plată.

Contestatoarea arată că în urma executării contractului în discuție privind furnizarea de mere, autoritatea contractantă i-a eliberat documentul constatator, în conformitate cu prevederile legale, în care a precizat că nu au fost aduse prejudicii pe parcursul derulării contractului, iar autoritatea contractantă i-a achitat toate facturile aferente merelor livrate, restituindu-i și garanția de bună execuție.

În concluzie, contestatoarea consideră ca nu sunt întrunite condițiile impuse de lege pentru ca oferta sa să nu fie declarată admisă. Aceasta apreciază că în cazul în care prejudiciul s-ar fi datorat modalității de furnizare, autoritatea contractantă avea posibilitatea de a reține

garanția de bună execuție aferentă contractului său, iar la momentul la care s-a emis documentul constatator ar fi trebuit să precizeze prejudiciul adus autorității contractante, însă aceasta a achitat toate facturile aferente, restituind garanția de bună execuție.

De asemenea, solicită Consiliului să ia act de faptul că termenul de 2 ani, conform art. 181 alin. (1) lit. c) din OUG nr. 34/2006 s-a prescris, invocând prevederile art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016.

Contestatoarea precizează că documentul constatator nr. 10894/30.07.2015 atestă că și-a îndeplinit în bune condiții contractul, cu calificativul bine, fapta la care se face referire fiind produsă până la data de 30.07.2015, fiind în afara perioadei de 3 ani, calculată de la data de 30.07.2015, precum și inexistența acesteia ca urmare a deciziei Curții de Apel București,

Totodată, solicită Consiliului să constate relele intenții ale autorității contractante, în încercarea se a-i leza dreptul de a participa la această achiziție, întrucât atât înștiințarea nr. 4540/24.03.2016, cât și cea cu nr. 19177/06.11.2018 au același conținut, fără a ține cont de modificările apărute din punct de vedere legislativ și procesual, autoritatea urmărind doar descalificarea sa. În acest sens, invocă dispozițiile art. 2 din Legea nr. 98/2016. ...SRL consideră că îi sunt lezate aceste drepturi prin descalificările repetate, în baza unui fapt ce s-a dovedit a nu fi din vina sa, fără să ia în considerare că, pentru a aplica prevederile drastice ale art. 181 lit. c^1) din OUG nr. 34/2006 (lege abrogată prin Legea nr. 98/2016), trebuie să existe un act emis de o autoritate contractantă, în urma procedurii menționate, pe care operatorul economic să-l poată contesta în condițiile legii.

În opinia sa, lipsa acestui act, cât și a prejudiciului invocat arată nelegalitatea excluderii sale din procedură, suspiciunea de fraudă care îi este imputată nefiind dovedită niciodată, rămânând la stadiul de suspiciune, motiv pentru care contestatoarea apreciază ca fiind rea intenție descalificarea, pentru a doua oară consecutiv, în baza unei suspiciuni și a unui prejudiciu inexistent.

Contestatoarea reiterează că cererea sa de chemare în garanție în cauza civilă nr. 4695/2/2016 a rămas fără obiect, deoarece Curtea de Apel București a anulat notificarea de respingere a cererii de plată nr. 1187/15.02.2016 emisă de .... S-a stabilit, de asemenea, că măsura luată de ... față de ... a fost excesivă și nu a respectat principiul proportionalității și că, în urma controalelor efectuate, măsura nu se circumscrie controalelor din Ghidul Solicitantului, deoarece nu s-au folosit documente false, incorecte etc. ...SRL consideră că a fost de bună credință, că a răspuns tuturor solicitărilor, transmițând documentele ce au dovedit că și-a îndeplinit obligațiile contractuale în relația cu ....

Prin urmare, apreciază că în mod greșit autoritatea contractantă a ales să o descalifice de la procedura în cauză, atât prin faptul că ignoră lipsa prejudiciului, cât și răspunsul la clarificarea care a fost transmisă. ... a constatat și a remunerat serviciile prestate de ...SRL,

considerându-le corect realizate, până la refuzul la plată al ... ..., refuz de plată față de care ...SRL nu are nicio implicare și nicio vină.

În susținerea celor afirmate mai sus, petenta arată că este de notorietate că are o vastă experiență în livrarea de produse pentru elevi și preșcolari, iar din 2015, momentul presupusului prejudiciu, a continuat să câștige și să onoreze cu brio contracte având același obiect, neexistând niciun prejudiciu.

Aceasta îi reproșează autorității contractante că nu a actualizat informațiile din prezentul dosar, neavând o practică uniformă, întrucât a descalificat ...SRL în 06.11.2018 susținând existența unui prejudiciu din 2016, însă la 01.07.2016 autoritatea contractantă s-a îndreptat impotriva ... pentru același prejudiciu. Astfel, solicită să se țină cont că, deși autoritatea contractantă era în posesia Deciziei civile nr. 3386/07.06.2016, care i-ar fi dat dreptul de a chema în judecată SC ...SRL, aceasta a ales să ceară în instanță recuperarea sumei de bani de la ... (proces în care a și avut câștig de cauză prin Hotărârea civilă nr. 3528/15.11.2016, anexată contestației).

În opinia petentei, această decizie a ... ..., poate fi considerată o recunoaștere a nevinovației ...SRL, prin faptul că autoritatea contractantă nu și-a exercitat dreptul recunoscut de instanță.

În concluzie, având în vedere cele menționate mai sus, cât și documentele depuse la dosarul cauzei, ...SRL solicită Consiliului obligarea autorității contractante în a adopta de urgență măsuri de remediere, în sensul repunerii sale în situația dinaintea excluderii, respectiv reluarea procedurii de evaluare contractului de achizitie publică.

Autoritatea contractantă a transmis o serie de documente necesare soluționării contestației, precum și punctul său de vedere nr. 19867/15.11.2018, înregistrat la CNSC sub nr. 47547/15.11.2018, în care, referitor la motivele invocate de contestator, învederează că a transmis ofertantului SC ...SRL, în data de 06.11.2018, adresa de comunicare nr. 4540, privind licitația electronică a acestei proceduri, prin care i-a comunicat că nu a fost admis la faza finală de licitație electronică, respectiv că a fost exclus din procedură, în conformitate cu prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, pentru următoarele motive:

- În anul școlar 2014-2015, în urma participării SC ...SRL la procedura de achiziție având ca obiect *„Furnizare mere pentru elevii din județul ...",* a fost încheiat contractul nr. 1527/30.01.2015, în urma derulării acestuia fiind cauzat autorității contractante un prejudiciu de 677.533,38 lei, fără TVA, din vina exclusivă a societății SC ...SRL.

În speță, prin adresa nr. 2925/25.02.2016, ... a transmis ... ... notificarea de respingere nr. 1187/15.02.2016, a dosarului cererii de plată nr. 13545/29.09.2015, din cadrul *„Programului de încurajare a consumului de fructe în școli",* ... fiind în situația de a nu putea deconta valoarea merelor distribuite în anul școlar 2014 - 2015, respectiv suma

de 677.533,38 lei, fără TVA, din motive imputabile exclusiv contestatorului, fapt menționat și în Hotărârea Curții de Apel București nr. 3386/2016;

- Pentru anii școlari 2015-201, 2016-2017 și 2017-2018, autoritatea contractantă a organizat o nouă procedură de licitație deschisă având ca obiect *„Furnizare, transport si distribuție mere pentru elevii din clasele pregătitoare și din clasele I-VIII din învățământul de stat și privat din județul ...”,* la care SC ...SRL a fost exclusă din procedură având în vedere derularea contractului nr. 1527/30.01.2015, conform art. 181 lit. c^1) din OUG nr. 34/2006*;*

- În urma excluderii din procedura de achiziție aferentă anilor școlari 2015-2016; 2016-2017; 2017-2018, SC ...SRL a depus contestație CNSC, care, prin Decizia nr. 688/25.04.2016 a admis această contestație. ... a atacat această decizie la Curtea de Apel București, care a pronunțat Hotărârea civilă nr. 3386/2016, prin care a dispus modificarea Deciziei CNSC nr. 688/25.04.2016, reținând că prejudiciul în cuantum de 677.533,38 lei, la care se adaugă TVA, a fost nerambursat din motive imputabile societății SC ...SRL;

Față de afirmația contestatoarei că prejudiciul din vina sa, în cuantum de 677.533,38 lei la care se face referire a rămas fără obiect, în sensul că în urma procesului intentat de către ... ..., autoritatea contractantă a avut câștig de cauză, aceasta precizează că Hotărârea Curții de Apel București, la care contestatorul face referire, nu este definitivă, iar ... a formulat recurs în termenul legal, procesul fiind încă pe rol, astfel că autoritatea contractantă nu și-a recuperat prejudiciul până la momentul actual;

- Referitor la motivul invocat de SC ...SRL cu privire la emiterea documentului constatator aferent contractului din anul școlar 2014-2015, în care se precizează că nu au fost aduse prejudicii pe parcursul derulării contractului, iar autoritatea contractantă a achitat toate facturile aferente merelor livrate, restituind garanția de bună execuție, aceasta subliniază că a înaintat dosarul cererii de plată către Organismul Intermediar - ... ... după finalizarea contractului, autoritatea contractantă neavând informația la momentul emiterii documentului constatator (în data de 30.07.2015) despre existența prejudiciului de 677.533,38 lei, fără TVA, cauzat în totalitate din vina exclusivă a furnizorului SC ...SRL. Din Hotărârea instanței nr. 3386/2016 reiese că *„documentul constatator atestă o situație de fapt până la momentul Notificării privind respingerea dosarului cererii de plată înregistrată la ... sub nr. 2925/25.02.2016, având o putere juridică restrânsă, efectele sale răsfrângându-se până la data primirii notificării privind respingerea dosarului cererii de plată”;*

- În ceea ce privește termenul invocat de contestator cu privire la prevederile art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, referindu-se la faptul că documentul constatator a fost emis în data de 30.07.2015, iar prezenta procedură se desfășoară în anul 2018, autoritatea

menționează că evenimentul relevant (prejudiciul) a fost constatat la data 25.02.2016, dată la care a fost emisă Notificarea privind respingerea dosarului cererii de plată de către ....

Așadar, consideră că situația prezentată se află în termenul de 3 ani prevăzut de art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, calculat de la data de 25.02.2016, data emiterii Notificării privind respingerea dosarului cererii de plată și nu de la data emiterii documentului constatator, așa cum se susține în contestație;

- Față de susținerile contestatoarei, potrivit căreia îi este lezat dreptul de a participa la procedurile de achiziție organizate de ... și de onorare cu succes a contractelor de furnizare fructe în școli și în alte județe, autoritatea arată că SC ...SRL a adus prejudicii și altor autorități contractante, prin îndeplinirea defectuoasă a contractelor în cauză, conducând astfel la respingerea cererilor de plată de către ... și ... .../... ..., din vina exclusivă a SC ...SRL.

Mai mult decât atât, se învederează că au fost întocmite o serie de documenete neconforme, culpabile contestatorului, în urma cărora ... ..., ... și ... ... le-au fost respinse cererile de plată de către ..., acest aspect reieșind și din Hotărârea Curții de Apel nr. 3386/07.06.2016.

În susținerea punctului de vedere cu privire la modul de onorare a contractelor de furnizare fructe în școli și în alte județe al SC ...SRL, autoritatea a atașat documentele constatatoare emise de: ... nr. 7448/04.07.2017, ... nr. 8331/13.08.2018 și ... nr. 88003/18.08.2018, de pe site-ul ANAP (ANRMAP), din care reiese că SC ...SRL nu și-a îndeplinit obligațiile contractuale în mod corespunzător.

Astfel, având în vedere aspectele menționate anterior, pentru a evita apariția unei situații de natura celei prezentate mai sus, autoritatea contactantă a considerat că există motive temeinice de excludere din procedură a ofertantului SC ...SRL, conform art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Totodată, autoritatea contractantă consideră contractul încheiat în anul școlar 2014-2015 un contract derulat anterior prezentei proceduri, în urma derulării acestuia cauzându-se autorității un prejudiciu real în cuantum de 677.533,38 lei, prejudiciu ce nu a fost recuperat până la această dată.

Pentru motivele invocate mai sus, ... consideră ca fiind nefondate solicitările contestatorului privind admiterea contestației.

Ținând cont de aspectele menționate, de prevederile Legii nr. 98/2016 și HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă apreciază contestația depusă ca fiind nefondată și solicită respingerea acesteia.

Prin adresa nr. 1035/16.11.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 48658/22.11.2018, SC ...SRL a formulat un răspuns prin care critică cele susținute de ... în punctul de vedere nr. 19867/15.11.2018.

Față de afirmația autorității contractante, potrivit căreia ... a depus recurs la Hotărârea nr. 3528/2016, petenta susține că acest recurs depus de ... împotriva ... ... nu o ține răspunzătoare pe SC ...SRL. La

momentul actual, până la soluționarea recursului, care se află în procedura de filtru încă din martie 2017, cererea de chemare în garanție a societății este rămasă fără obiect.

Contestatoarea reiterează că, deși ... putea să se îndrepte împotriva SC ...SRL, în urma deciziei civile nr. 3386/07.06.2016, a ales să facă aceste demersuri împotriva ..., astfel că nu i se poate imputa un prejudiciu pe care autoritatea a ales să nu-l recupereze la momentul oportun, reiterând că este încă o dovadă că autoritatea contractantă știe că ...SRL și-a îndeplinit corect obligațiile contractuale.

În acest sens, solicită Consiliului să observe termenul redus scurs între pronunțarea Hotărârii civile nr. 3386/07.06.2016, favorabilă ... ..., până la data de 01.07.2016, precum și termenul de mai puțin de 30 de zile, când autoritatea contractantă procedează la atacarea în instanță a ..., deși se puteau folosi de decizia favorabilă dată de instanța de judecată.

Referitor la afirmația că autoritarea contactantă nu avea, în momentul emiterii documentului constatator, informația privind existența unui prejudiciu, petenta consideră că la momentul emiterii unui document de bună execuție, autoritatea deținea toate informațiile care stau la baza emiterii acestuia, altfel nu ar fi avut cum să emită un document cu calificativ pozitiv. Prin urmare, în opinia sa, acest document nu putea fi emis dacă autoritatea contactantă nu ar fi verificat în fapt buna execuție a contractului și nici nu ar fi achitat facturile emise aferente contractului.

Totodată, este de părere că în cazul în care prejudiciul s-ar fi datorat modalității de furnizare, autoritatea contactantă avea posibilitatea de a reține garanția de bună execuție sau, la momentul emiterii documentului constatator, ar fi trebuit să precizeze presupusul prejudiciu, în schimb aceasta a achitat toate facturile emise aferente contractului.

În opinia contestatoarei, termenul prevăzut la art. 171 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 curge de la data emiterii Documentului constatator nr. 10894/30.07.2015, prin care se marchează finalizarea contractului, acesta fiind documentul relevant ce atestă că ...SRL si-a îndeplinit obligațiile contractuale, din care reiese că nu au fost cauzate prejudicii.

Contestatoarea susține că este nerelevantă data emiterii Notificării privind respingerea dosarului la plată de către ..., respectiv 25.02.2016, ca dată de la care trebuie calculat termenul de la art. 171 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, întrucât întocmirea dosarului cererii de plată către ... și depunerea documentației pentru cererea de plată era atributul și obligația exclusivă a autorității contractante și s-a realizat după încheierea/finalizarea derulării contractului dintre ...SRL și ..., iar rezultatele și urmările depunerii acestei documentații nu se pot imputa ...SRL.

Petenta consideră că autoritatea contractantă, prin trimiterea pe care o face la documentele constatatoare negative emise de alte

autorități contractante pentru ...SRL, încalcă prevederile: art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016. Petenta subliniază că acestea nu au făcut obiectul excluderii SC ...SRL de la prezenta procedură de achiziție publică, neregăsindu-se în rezultatul comunicat prin adresa nr. 19177/06.11.2018.

În continuare, solicită Consiliului să rețină că, referitor la documentele neconforme emise de ..., acestea au fost anulate, conform adresei nr. 9247/18.08.2018 și nu au mai fost emise alte documente constatatoare negative, conform adresei 9326/2018-R din 19.10.2018, iar din studierea documentelor reiese că acestea s-au încărcat în SEAP dintr-o eroare.

Cât despre litigiul cu ..., la care face referire autoritatea contactantă, petenta precizează că există un proces pe rolul Curții de Apel, cu nr. 3469/93/2018, anulare act emis de autorități publice locale, Document constatator nr. 8331/22.08.2018.

Referitor la afirmația ... ... că a verificat aceste informații, se poate deduce că a prezentat doar acele documente care îi sunt favorabile, contestatoarea apreciind că în acest fel au fost încălcate prevederile art. 15 alin. (2) din Legea nr. 101 /2016.

În concluzie, SC ...SRL susține că nu se poate contesta experiența sa în furnizarea de fructe în școli, subliniind că până la acest moment deține un singur document constatator negativ, de la ..., pentru care este un proces pe rol, aici fiind vorba de o situație incertă.

Contestatoarea reiterează că autoritatea contractantă, ..., nici măcar nu i-a emis un document negativ, însă precizează că pe lângă aceste situații episodice, SC ...SRL deține documente constatatoare în favoarea sa și contracte finalizate cu continuitate și fără probleme.

În consecință, având în vedere cele menționate mai sus, cât și documentele suplimentare depuse la dosarul cauzei, contestatoarea solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă în a adopta de urgență măsuri de remediere, în sensul repunerii societății ...SRL în situația dinaintea excluderii, precum și reluarea procedurii de evaluare.

Ca urmare a studierii dosarului constituit la Consiliu, SC ...SRL a formulat și depus concluzii scrise prin adresa nr. 1051/23.11.2018, înregistrată la CNSC sub nr. 48994/23.11.2018, în care învederează că la dosar nu se regăsește raportul procedurii, solicitând Consiliului să pună în vedere transmiterea acestuia de către autoritatea contactantă.

În același sens, petenta susține că autoritatea nu a prezentat dovezile necesare în justificarea excluderii ...SRL de la procedura de achiziție publică, apreciind că aceasta în continuare nu justifică lipsa de acțiune împotriva ...SRL, deși avea o decizie favorabilă împotriva sa, prin decizia civilă nr. 3386/07.06.2016, optând să se îndrepte împotriva ... în recuperarea prejudiciului în valoare de 677.533,38 lei.

În prezentele concluzii, petenta reiterează argumentul prezentat atât în contestație, cât și în răspunsul la punctul de vedere emis de autoritate, respectiv că prin emiterea unui document constatator de

bună execuție, reiese că autoritatea contactantă deține toate informațiile că ...SRL și-a îndeplinit obligațiile contractuale și prin faptul că nu a reținut garanția de bună execuție, precum și achitarea tuturor facturilor către ..., așa încât se poate înțelege că modul de execuție al contractului a fost unul corect.

Contestatoarea reia, de asemenea, argumentația potrivit căreia ... nu poate interzice ...SRL de a mai participa la licitațiile pe care le desfășoară, prin invocarea unui prejudiciu pe care au ales să nu-l recupereze.

În consecință, având în vedere cele menționate mai sus, aceasta precizează că își menține solicitarea adresată Consiliului de a obliga autoritatea contractantă în a adopta de urgență măsurile de remediere precizate mai sus.

Analizând susţinerile părţilor şi documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire, prin licitație deschisă cu etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică având ca obiect „Furnizare, transport și distribuție a merelor în școli, pentru elevii învățământului primar și gimnazial de stat și privat, precum și pentru preșcolarii din grădinițele de stat și private cu program normal de 4 ore, din județul ...”. În acest sens, a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat în SICAP anunțul de participare nr. CN1003592/30.08.2018, criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”, iar valoarea estimată a contractului fiind de 1.186.647 lei fără TVA.

Potrivit procesului-verbal nr. 17353/05.10.2018, în cadrul procedurii au fost depuse oferte din partea a 4 operatori economici, iar potrivit procesului-verbal privind analiza răspunsurilor la clarificări faza DUAE nr. 18640/29.10.2018, oferta contestatoarei a fost respinsă, în baza art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

În conţinutul adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 19177/06.11.2018, autoritatea contractantă a reţinut drept motiv de respingere a ofertelor contestatoarei SC ...SRL faptul că această societate a fost exclusă de la procedura „Furnizare, transport și distribuție mere pentru elevii din clasele pregătitoare și din clsele I-VIII din înățământul de stat și privat din județul ..., în anii școlari: 2015-2016, 2016-2017, 2017-2018”, în conformitate cu art. 181 lit. c^1) din O.U.G. nr. 34/2006, iar Hotărârea civilă definitivă nr. 3386/2016 a Curții de Apel București a dispus modificarea Deciziei CNSC nr. 688/25.04.2016, reținând că prejudiciul în cuantum de 677.533,38 lei la care se adaugă TVA a fost nerambursat de către ... din motive imputabile SC ...SRL.

Ca urmare a comunicării adresei respective, SC ...SRL a formulat contestaţia în analiză, solicitând anularea acesteia, invocând drept argumente faptul că autoritatea contractantă, deşi avea posibilitatea

reţinerii garanţiei de bună execuţie aferentă contractului nr. 1527/30.01.2015 pe care SC ...SRL l-a avut încheiat cu beneficiarul în discuţie, nu a procedat în acest mod. Mai mult, autoritatea a achitat toate facturile aferente contractului și a emis documentul constatator nr. 10894/30.07.2015, potrivit căruia nu au fost aduse prejudicii pe parcursul executării contractului, iar colaborarea a fost bună. În plus, autoritatea contractantă a ales să ceară în instanță recuperarea sumei de bani de la ... (...), proces în care a avut câștig de cauză, prin Hotărârea civilă nr. 3528/15.11.2016. Contestatoarea invocă incidența în cauză a prevederilor art. 171 alin. (5) din Legea nr. 98/2016

Autoritatea contractantă arată că susţinerile contestatoarei referitoare la eliberarea certificatelor constatatoare, plata facturilor şi eliberarea garanţiei a fost făcută înainte de a avea cunoștință de Notificarea de respingere a dosarului cererii de plată nr. 1187/15.02.2016 primită de la ... – ..., act care are legătură cu obiectul procedurii şi cu unul dintre ofertanţii participanţi, respectiv SC ... SRL, luând, astfel, decizia respingerii acestui ofertant, considerând că oferta depusă de către SC ...SRL se află în situaţia prevăzută de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, având în vedere respingerea la plată a dosarului înaintat de către ... şi cauzarea unui prejudiciu acesteia de 677.533,38 lei fără TVA, din motive imputabile contestatoarei, coroborat cu modul de îndeplinire a contractelor încheiate cu autoritatea contractantă în perioada 2014 – 2015.

După depunerea contestației, la solicitarea Consiliului, SC ...SRL a transmis dovada constituirii cauțiunii prevăzută la art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost modificată prin OUG nr. 45/2018, în cuantum de 23.732,94 lei, prin consemnarea la CEC BANK a sumei respective, conform recipisei nr. 205044419/1/14.11.2018, suma fiind consemnată la dispoziția Consiliului pentru contestaţia aferentă dosarului nr. 3339/C4/2018.

Cauţiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61^1 alin. (5) și (6) din Legea nr. 101/2016.

În speța de față, se aduce în discuția Consiliului legalitatea deciziei de respingere a ofertei SC ...SRL, ca urmare a existenței Deciziei civile nr. 3386/07.06.2016 emisă de Curtea de apel București în cadrul dosarului nr. 3248/2/2016, decizie care, potrivit susținerilor autorității contractante, ar fi stabilit în sarcina SC ...SRL un prejudiciu de 677.533,38 lei, fără TVA, din vina exclusivă a societății SC ...SRL.

Părțile din prezentul litigiu au viziuni și interpretări diferite asupra situației de fapt din prezenta cauză, contestatoarea arătând că în sarcina sa nu există reținut niciun prejudiciu în dauna autorității contractante sau a altor autorități, că, dacă prejudiciul ar fi fost constatat prin documentul constatator nr. 10894/30.07.2015, din care rezultă că „nu au fost aduse prejudicii pe parcursul derulării contractului autorității contractante”, iar calificativul acordat SC ...SRL este „bine”, de la data

acestui document au trecut mai mult de 2 ani, perioadă pentru care a fost emis în baza OUG nr. 34/2006, deci nu mai pot fi folosite drept argumente pentru respingerea ofertei sale modul de derulare a contractului nr. 1527/30.01.2015, că apariția sentinței civile nr. 3528/15.11.2016, prin care s-a dispus obligarea ... la achitarea cererii de plată, în baza cererii de chemare în judecată formulată de ... ..., conduce la concluzia că nu se poate reține un prejudiciu în dauna societății sale. Pe de altă parte, autoritatea contractantă arată că termenul de respingere a unei oferte pentru motive prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. (g) din Legea nr. 98/2016 este de 3 ani, astfel cum prevăd dispozițiile art. 171 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, or constatarea existenței prejudiciului a avut loc în baza Deciziei civile nr. 3386/07.06.2016 emisă de Curtea de apel București în cadrul dosarului nr. 3248/2/2016, decizie care, potrivit susținerilor autorității contractante, ar fi stabilit în sarcina SC ...SRL un prejudiciu de 677.533,38 lei, fără TVA, din vina exclusivă a societății SC ...SRL, or, de la această dată, nu s-a împlinit termenul de 3 ani.

Înainte de a stabili caracterul întemeiat al deciziei de respingere a SC ...SRL, este necesar a se stabili în ce măsură situația existentă la momentul emiterii deciziei civile nr. 3386/07.06.2016 emisă de Curtea de apel București în cadrul dosarului nr. 3248/2/2016 este aceeași cu cea aferentă situației de față. Pentru elucidarea acestui aspect, sunt necesare referiri pe larg la cele două hotărâri judecătorești menționate în prealabil, la dreptul aplicabil la momentul emiterii primei hotărâri și dreptul aplicabil prezentei cauze.

Potrivit deciziei civile nr. 3386/07.06.2016, emisă de Curtea de apel București în cadrul dosarului nr. 3248/2/2016, *,,Curtea reține că aprecierea CNSC că motivul de respingere nu este legat de neîndeplinirea sau îndeplinirea defectuoasă a obligațiilor contractuale, ci de faptul că, urmare a informării, de către ...-Centrul Județean ..., a Direcției Antifraudă și Departamentului de Luptă Antifraudă, cu privire la existența unor suspiciuni de fraudă referitor la Declarația furnizorului ...SRL și a controalelor efectuate, ... a transmis ... ... Notificarea de respingere nr. 1187/15.02.2016 a Dosarului cererii de plată nr. 13545/29.09.2015, din cadrul Programului de încurajare a consumului de fructe în școli.*

Această apreciere a CNSC este nefondată, întrucât, contractul respectiv a fost supus procedurii de verificare prevăzute de OUG nr. 66/2011 și nu suntem doar în situația unei suspiciuni de fraudă, ci suntem în situația unei finalizări a analizei de către ..., concretizată cu emiterea Notificării de respingere nr. 1187/15/02/2016 a dosarului cererii de plată nr. 13545/29.09.2015, și a imposibilității de decontare a sumei de 677.533,38 lei fără TVA, reprezentând c/v merelor în anul școlar 2014-2015.

Or, din acest punct de vedere, nici nu era nevoie să se finalizeze o eventuală procedură de contestare a Notificării prin hotărâre judecătorească definitivă, cum susține CNSC, întrucât Notificarea de refuz a cererii de plată este executorie, a avut ca efect imposibilitatea autorității contractante de a primi suma de 677.533,38 lei fără TVA, reprezentând c/v merelor în anul școlar 2014-2015, solicitată prin cererea de plată nr. 13545/29.09.2015, iar motivele sunt imputabile societății, astfel cum rezultă din conținutul acesteia.

Astfel, Consiliul nu a reținut că, deși în perioada 27.01.2015 - 15.06.2015, S.C. ...S.R.L. a furnizat o cantitate totală de 6.123.413 bucăți de mere, respectiv 612.341,3 kg, din lotul nr. 1, din soiul ..., contestatoarea a încheiat contractul de vânzare-cumpărare cu producătorul SC ... SRL doar pentru o cantitate de 300.000 kg de mere, iar aceasta trebuia să încheie contractul de vânzare - cumpărare cu ... SRL în așa fel încât să asigure întreaga cantitate de mere stabilită în caietele de sarcini elaborate de Consiliul Județean ..., ... și ..., astfel încât, din totalul cantității de 612.341,3 kg mere distribuite de furnizorul ...SRL în cele 3 județe din lotul nr. 1, soiul ..., doar pentru o cantitate de 300.000 kg mere s-a emis buletin de analiză privind conținutul reziduurilor de pesticide și metale grele.

În condițiile în care furnizorul trebuia să prezinte buletin de analiză privind conținutul reziduurilor de pesticide metale grele pentru toată cantitatea de 612.341,3 kg din lotul nr. 1, soiul ..., exista o cantitate de 105.086,3 kg mere pentru care producătorul SC ... SRL nu a emis facturi către SC ...SRL. În facturile fiscale emise de SC ... SRL nu este înscris soiul ..., doar în declarațiile de conformitate care însoțesc facturile respective fund înscris soiul ..., în facturile fiscale aferente cantității de 398.705 kg mere fiind înscrisă sintagma „mere consum".

Prin urmare, având în vedere faptul că în procedura de verificare prevăzută de OUG nr. 66/2011, a fost emisă Notificarea nr. 2925/25.02.2016, act administrativ cu caracter executoriu și care se bucură de prezumția de legalitate, a fost justificată decizia autorității contractante de a respinge oferta contestatoarei, nefiind necesară pronunțarea unei hotărâri judecătorești, prin care să se efectueze un control de legalitate acestei notificări, fiind astfel îndeplinite condițiile prevăzute dc art. 181 lit.c[1] din OUG nr. 34/2006.

Față de aceste considerente, Curtea urmează să admită plângerea să dispună modificarea Deciziei CNSC nr. 688/25.04.2016 în sensul respingerii ca neîntemeiată contestația fonnulată de SC ...SRL".

Prin sentința civilă nr. 3528/15.11.2016 emisă de Curtea de apel București în cadrul dosarului nr. 4695/2/2016, s-au reținut următoarele: *,,Analizând cererea de chemare în judecată în raport cu normele de drept aplicabile, Curtea va înlătura susținerile pârâtei referitoare la inadmisibilitatea acțiunii, reținând că reclamanta solicită în principal anularea notificării de respingere a cererii de plată, cererea admisibilă în lumina art. 8 alin. (1) din Legea nr. 554/2004, capătul de cerere privind obligarea pârâtei la plata sumei fiind accesoriu celui care urmărește anularea actului.*

Cu privire la fondul chestiunii litigioase, Curtea reține că, prin notificarea de respingere contestată, autoritatea pârâtă a respins în totalitate ajutorul financiar solicitat de reclamant în cadrul programului de încurajare a consumului de fructe proaspete în școli, motivele fiind cele menționate de reclamant în cererea de chemare în judecată, confirmate de pârâtă prin întâmpinare.

Examinând temeiul de drept al măsurii dispuse, Curtea reține că, potrivit Ghidului Solicitantului (fila 263 verso din vol. 1), respingerea cererii de plată se face pentru utilizarea de documente false, incorecte, sau pentru lipsa evidențelor și documentelor comerciale care atestă furnizarea și consumul merelor de către elevii din instituțiile de învățământ prevăzute în desfășurarea cererii de plată.

Însă, autoritatea pârâtă a apreciat că „nu este corect ca o solicitare de modificare de date să fie făcută retroactiv, respectiv în 2015, pentru o cerere care s-a plătit în anul 2014" și că „toate documentele depuse în copie la dosarul cererii de plată de furnizor trebuia să aibă înscrisă mențiunea „conform cu originalul".

Curtea apreciază însă că pretinsa neregulă ce vizează modificarea de date nu este de natură să atragă o sancțiune atât de drastică precum respingerea întregului dosar al cererii de plată, mai ales în situația în care nu există înscrisuri din care să reiasă că mențiunile sunt false.

Cu privire la certificarea documentelor cuprinse în copie, Curtea apreciază de asemenea că acest neajuns nu poate avea ca rezultat respingerea cererii de plată, în condițiile în care certificarea se putea face pe parcursul procedurii de examinare a respectivei cereri.

Pe de altă parte, Curtea apreciază că lipsa certificării copiilor nu poate fi circumscrisă noțiunii de „documente false", utilizată de Ghidul solicitantului și prin urmare nu poate avea drept consecință respingerea cererii de plată în integralitatea ei.

Raționamentul expus mai sus este aplicabil, mutatis mutandis, și aspectelor reținute de pârâtă cu privire la buletinele de analiză emise doar pentru o parte din cantitatea de mere.

În legătură cu cantitatea de mere efectiv livrată, Curtea reține că autoritatea pârâtă și-a exprimat îndoiala că furnizorul ...avea capacitatea de a furniza mere reclamantului și altor unități administrativ teritoriale. Însă, Curtea observă că simplul dubiu cu privire la acest aspect nu poate duce la concluzia că tocmai reclamantului nu i-a fost furnizată cantitatea integrală de mere menționată în cererea de plată. Or, în virtutea principiului in dubio pro reo, se impunea ca autoritatea pârâtă să efectueze verificări care să o conducă, dincolo de orice dubiu rezonabil, la concluzia exprimată în notificarea de respingere.

Prin urmare, Curtea apreciază că în mod greșit a fost respinsă cererea de plată, câtă vreme situația de fapt reținută în urma controalelor efectuate nu se circumscrie ipotezelor din Ghid.

În situația în care se aprecia că reclamantul a solicitat plata pentru un număr mai mare de mere decât cele efectiv consumate, autoritatea pârâtă trebuia să diminueze ajutorul financiar, iar nu să îl suprime. Pentru această concluzie pledează nu numai principiul proporționalității, pe care autoritatea pârâtă l-a încălcat în speță, dar și prevederile din Ghidul solicitantului, care prevede expres că, pentru solicitarea ajutorului financiar pentru o cantitate mai mare de mere decât cea livrată sau consumată, se procedează la diminuarea ajutorului, iar nu la respingerea cererii de plată care, așa cum s-a arătat, se poate dispune pentru cu totul alte motive.

Având în vedere argumentele expuse, Curtea va admite acțiunea reclamantei astfel cum a fost formulată, iar pe cale de consecință va respinge cererea de chemare în garanție ca rămasă fără obiect."

Astfel cum rezultă din cele două hotărâri, în sarcina contestatoarei SC ...SRL nu s-a stabilit, până în acest moment, niciun prejudiciu. Dimpotrivă, așa cum s-a arătat, autoritatea contractantă a înțeles să acționeze în judecată, în calitate de pârâtă, pentru acoperirea prejudiciului invocat, doar ..., SC ...SRL fiind doar chemată în garanție, deci pentru a fi obligată la plata sumei în măsura în care cererea principală ar fi respinsă. Pe de altă parte, decizia civilă nr. 3386/07.06.2016, emisă de Curtea de apel București în cadrul dosarului nr. 3248/2/2016, nu a avut ca obiect stabilirea vreunui prejudiciu în sarcina SC ...SRL, ci a vizat controlul de legalitate al deciziei Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor nr. 688/C11/657/25.04.2016, referirile la un eventual prejudiciu fiind unele tangențiale, argumentative, de susținere a deciziei de respingere a ofertantului SC ...SRL, și nu de constatate și stabilire a cuantumului prejudiciului în sarcina contestatoarei. Astfel, Curtea statuează că ,,*nici nu era nevoie să se finalizeze o eventuală procedură de contestare a Notificării prin hotărâre judecătorească definitivă, cum susține CNSC, întrucât Notificarea de refuz a cererii de plată este*

executorie, a avut ca efect imposibilitatea autorității contractante de a primi suma de 677.533,38 lei fără TVA, reprezentând c/v merelor în anul școlar 2014-2015, solicitată prin cererea de plată nr. 13545/29.09.2015, iar motivele sunt imputabile societății, astfel cum rezultă din conținutul acesteia".

Prin urmare, existând un act administrativ executoriu, respectiv notificarea de refuz a cererii de plată, până la invalidarea sa de către instanță, ea se bucură de prezumția de validitate, deci respingerea ofertei a fost o măsură validă.

Consiliul nu are competența de a pune în discuție decizia Curții de apel, ea bucurându-se de autoritate de lucru judecat.

Prin urmare, în cauza de față analiza se va raporta exclusiv, așa cum s-a arătat, la verificarea existenței sau inexistenței acelorași circumstanțe de fapt și de drept care au condus la adoptarea respectivei decizii.

Analizând actele normative incidente, Consiliul reține că, sub imperiul legii vechi, lege aplicabilă situației reținute prin decizia Curții de apel citată mai sus, erau aplicabile dispozițiile art. 181 c^1) din OUG nr. 34/2016, potrivit căruia ,, Autoritatea contractantă are dreptul de a exclude dintr-o procedură pentru atribuirea contractului de achiziţie publică orice ofertant/candidat care se află în oricare dintre următoarele situaţii:

c^1) **în ultimii 2 ani nu şi-a îndeplinit sau şi-a îndeplinit în mod defectuos obligaţiile contractuale, din motive imputabile ofertantului în cauză, fapt care a produs sau este de natură să producă grave prejudicii beneficiarilor acestuia**".

În aplicarea acestor dispoziții, art. 97^1 din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 925/2006, act normativ valabil la momentul apariției motivului de excludere, în forma în vigoare înainte de modificarea lui prin HG nr. 66/2016, care stabilea următoarele:

(1) Autoritatea contractantă are obligaţia de a emite documente constatatoare care conţin informaţii referitoare la îndeplinirea obligaţiilor contractuale de către contractant şi, dacă este cazul, la eventualele prejudicii, după cum urmează:

a) pentru contractele de furnizare: în termen de 14 zile de la data terminării furnizării produselor care fac obiectul respectivului contract şi, suplimentar, în termen de 14 zile de la data expirării perioadei de garanţie a produselor în cauză (…)

(2) Documentele constatatoare prevăzute la alin. (1) se întocmesc în 3 exemplare, autoritatea contractantă având următoarele obligaţii:

a) să elibereze un exemplar operatorului economic;

b) să depună un exemplar la dosarul achiziţiei publice; şi

c) să transmită un exemplar Autorităţii Naţionale pentru Reglementarea şi Monitorizarea Achiziţiilor Publice, în cel mult 10 zile de la data expirării termenelor prevăzute la alin. (1).

(5) Documentele constatatoare emise de către autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile alin. (1) pot fi contestate în

justiţie potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările ulterioare''

Dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, valabile la momentul prezentei proceduri, au următorul conținut:

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

g) operatorul economic şi-a încălcat în mod grav sau repetat obligaţiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziţii publice, al unui contract de achiziţii sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancţiuni comparabile".

De asemenea, dispozițiile art. 171 din același act normativ prevăd măsuri de atenuare a acestei sancțiuni drastice, după cum urmează: (1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situaţiile prevăzute la art. 164 şi 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire **poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-şi 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 credibilităţii, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire.

(3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situaţiile prevăzute la art. 164 şi 167 le poate furniza autorităţii contractante, în sensul prevederilor alin. (1), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plăţii sau la asumarea de către operatorul economic a obligaţiei de plată a despăgubirilor în ceea ce priveşte eventualele prejudicii cauzate printr-o infracţiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor şi împrejurărilor în care a fost comisă infracţiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autorităţile care efectuează investigaţia, şi la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete şi adecvate la nivel tehnic, organizaţional şi în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele şi organizaţiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control şi raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispoziţiilor legale şi a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea şi plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârşirea unor noi infracţiuni sau alte fapte ilicite''.

De asemenea, aplicabile în speță sunt și prevederile art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016:

„(5) În cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanţe de judecată măsura interdicţiei de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziţie publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situaţiile de excludere prevăzute la art. 164 şi 167 nu se aplică:

b) dacă, în cazul situaţiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariţiei situaţiei, săvârşirii faptei sau producerii evenimentului relevant.

Normele metodologice aprobate prin HG 395/2016 stabilesc următoarele:

Art. 166. - ,,(1) Autoritatea contractantă are obligaţia de a emite documente constatatoare care conţin informaţii referitoare la îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea obligaţiilor contractuale de către contractant/contractant asociat şi, dacă este cazul, la eventualele prejudicii, după cum urmează:

a) pentru contractele de furnizare atribuite printr-o procedură de atribuire: în termen de 14 zile de la data finalizării livrării produselor care fac obiectul respectivului contract/contract subsecvent şi, suplimentar, în termen de 14 zile de la data expirării perioadei de garanţie tehnică a produselor în cauză;

b) pentru contractele de servicii atribuite printr-o procedură de atribuire, altele decât contractele de servicii de proiectare: în termen de 14 zile de la data finalizării prestării serviciilor care fac obiectul respectivului contract/contract subsecvent; (...)

(3) Autoritatea contractantă are următoarele obligaţii:

a) să elibereze un exemplar al documentului constatator contractantului;

b) să păstreze un exemplar la dosarul achiziţiei publice.

(4) Documentele constatatoare emise de către entitatea contractantă în conformitate cu prevederile alin. (1) şi (2) pot fi contestate potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările şi completările ulterioare.

(5) Documentele constatatoare emise de către autoritatea contractantă pentru neîndeplinirea obligaţiilor contractuale de către contractant/contractant asociat şi, dacă este cazul, pentru eventualele prejudicii, se publică în SEAP, în termen de 60 de zile de la data emiterii, dar nu mai devreme de data expirării termenului/soluţionării contestaţiilor, în situaţia în care acestea au fost depuse.

(5^1) Autoritatea contractantă are obligaţia de a actualiza în SEAP informaţiile cu privire la documentul prevăzut la alin. (5) în termen de 5 zile de la momentul luării la cunoştinţă că situaţia de fapt ce a stat la baza emiterii respectivului document constatator trebuie modificată din cauze obiective.

(6) În cazul contractelor atribuite prin cumpărare directă, autoritatea contractantă are dreptul de a emite documente constatatoare

în conformitate cu alin. (1), atunci când este solicitat acest lucru de către contractant/contractant asociat.

(7) Autoritatea contractantă poate emite un document constatator unui subcontractant la solicitarea acestuia şi numai în cazul prezentării contractului de subcontractare şi a recepţiilor aferente.

(8) Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligaţia de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condiţiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege.

Comparând dispozițiile valabile în cele două perioade, respectiv cea a apariției motivului de excludere și cea aplicabilă momentului excluderii din prezenta procedură, se observă că ne aflăm în două contexte normative complet diferite, cel aplicabil prezentei proceduri fiind unul mai puțin rigid, mai favorabil operatorilor economici, aceștia având posibilitatea dovedirii că au adoptat măsuri de înlăturare a deficiențelor din trecut.

Astfel, în contextul normativ vechi, înainte de apariția HG nr. 66/2016 de modificare a HG nr. 925/2016, documentele constatatoare și alte acte care stabileau incidența unor motive de excludere aveau caracter executiv, bucurându-se de prezumția de validitate, până la momentul înlăturării lor sau suspendării efectelor lor, în contextul normativ actual și cel reglementat de HG nr. 66/2016 se stabilește obligația autorității contractante de a verifica cele înscrise în documentul constatator (Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligaţia de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condiţiilor cumulative prevăzute la art. 181 lit. c^1) din ordonanţa de urgenţă). Prin urmare, atât dispoziția în cauză, cât și art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. stabilesc obligația autorității contractante de a verifica îndeplinirea cumulativă a următoarelor condiţii, respectiv:

- faptele să fie în ultimii 3 ani;
- să fi încălcat în mod grav sau repetat obligaţiile principale, să nu-şi fi îndeplinit sau să își îndeplinit în mod defectuos obligaţiile contractuale,
- aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancţiuni comparabile.

În acest context normativ iese din orice discuție că o adresă a unui terț față de conflictul dedus judecății, respectiv Notificarea ... de care operatorul nu are cunoștință și nu s-a putut apăra împotriva sa este executorie față de acesta, respectiv că autoritatea îi poate restrânge dreptul de participare, după mai mult de 3 ani de la producerea evenimentelor, la procedura în discuție. Art. 167 alin. (1) lit. g) coroborat cu art. 171 din Legea nr. 98/2016 stabilesc clar condițiile în care un operator poate fi respins dintr-o procedură de atribuire, nefiind

posibilă restricționarea acestui drept fără ca operatorul să își exercite calea de atac împotriva actelor care stabilesc motivele de excludere.

Că autoritatea este convinsă de faptul că operatorul nu este vinovat de prejudiciul pe care îl pretinde, stă și faptul că a acționat în judecată ... pentru recuperarea acestei sume, și nu pe SC ...SRL.

Consiliul nu va intra în disputa referitoare la termenul de aplicare a sancțiunii respingerii din procedură, respectiv cea de doi ani, aplicabilă potrivit legii vechi, lege sub care s-a născut situația de excludere, sau de 3 ani, aplicabilă potrivit legii noi, lege sub care se invocă motivul de excludere în prezenta procedură, această chestiune fiind tratată diferit de practica în materie, ci va constata că de la data producerii încălcărilor contractuale invocate de autoritate s-au scurs mai mult de 3 ani.

Astfel cum prevede art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016:

„(5) În cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanţe de judecată măsura interdicţiei de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziţie publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situaţiile de excludere prevăzute la art. 164 şi 167 nu se aplică:

b) dacă, în cazul situaţiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariţiei situaţiei, săvârşirii faptei sau producerii evenimentului relevant''.

Situațiile prevăzute la art. 167 din Legea nr. 98/2016 sunt extrem de variate, în cazul de față având relevanță lit. g: operatorul economic şi-a încălcat în mod grav sau repetat obligaţiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziţii publice, al unui contract de achiziţii sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancţiuni comparabile.

Cum contractul nr. 1527/30.01.2015, având ca obiect *„furnizare fructe în școli pentru elevii din clasele pregătitoare și din clasele I- VIII din învățământul de stat și privat din județul ..., în anul școlar 2014-2015”,* pentru care a fost emis documentul constatator nr. 10894/30.07.2015, din care rezultă că „nu au fost aduse prejudicii pe parcursul derulării contractului autorității contractante”, iar calificativul acordat SC ...SRL este „bine”, ulterior, la sesizarea unei alte autorități, respectiv ... constatând că există un prejudiciu, rezultă că încălcările contractuale nu puteau surveni decât în perioada de valabilitate a contractului. Prin urmare, chiar dacă sesizările ... au survenit prin notificarea de respingere a cererii de plată nr. 1187/15.02.2016, nu de atunci curge termenul de 3 ani, deoarece dispozițiile legale menționate ca și motiv de respingere a ofertantului din cadtrul procedurii nu se referă la momentul cunoașterii întinderii pretinsului prejudiciu, respectiv la momentul emiterii respectivei notificări, ci la momentul producerii faptelor prin care operatorul economic şi-a încălcat în mod grav sau

repetat obligaţiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziţii publice, al unui contract de achiziţii sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancţiuni comparabile. Din documentul constatator rezultă anumite vicii de comunicare cu operatorul și nerespectarea circuitului documentelor, aspecte care sunt reținute și de ... în notificarea de refuz de plată. Autoritatea, în măsura în care era diligentă, trebuia să refuze ea însăși plata facturilor și eliberarea garanției de bună execuție în situația în care documentele operatorului nu erau în cea mai bună stare pentru obținerea finanțării dovedind prin însuși conținutul documentului că avea cunoștință despre respectivele încălcări. Știind, astfel, din 2015 despre încălcările respective, nu poate pretinde acum că le-a cunoscut la momentul sesizării ..., prin notificarea refuzului de plată. Prin urmare, o mai bună gestiune a documentelor se impunea chiar și din partea autorității contractante, iar aceasta nu poate să vină la mai mult de 3 ani de la respectivul eveniment pentru care a emis documentul constatator nr. 10894/30.07.2015 să spună că nu le-a cunoscut. Prin urmare, nici în fapt circumstanțele speței de față nu sunt identice celei reținute de Curtea de apel prin Decizia nr. 3386/07.06.2016, de la momentul încălcării contractului trecând 3 ani, notificarea fiind atacată în instanță, fiind aplicabil un alt context normativ.

În subsidiar, chiar dacă s-ar considera că termenul de 3 ani începe să curgă de la data primirii Notificării ..., se impune reverificarea îndeplinirii condițiilor de admisibilitate a ofertei contestatoarei, și prin prisma apariției situațiilor de de excepție referitoare la excluderea operatorului, respectiv incidența dispozițiilor art. 171 alin. (1), (2) și (3) din HG nr. 395/2016, dispoziții a căror aplicare nu rezultă din evaluarea realizată în prezenta cauză.

Având în vedere toate aspectele de fapt şi de drept mai sus evocate, în temeiul art. 26 alin. (2) şi (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestaţia formulată de SC ...SRL, în contradictoriu cu ..., şi dispune anularea comunicării nr. 19177/06.11.2018 și a actelor subsecvente şi reevaluarea ofertei depusă de SC ...SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul dispoziţiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de SC ..., în contradictoriu cu ....

Dispune anularea comunicării nr. 19177/06.11.2018 și a actelor subsecvente şi reevaluarea ofertei depusă de SC ...SRL.

Măsurile de remediere vor fi duse la îndeplinire în termen de 15 zile lucrătoare de la comunicare.

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

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, potrivit art. 29 din Legea nr. 101/2016, în termen de 10 zile lucrătoare de la primire.

Redactată în 4 exemplare, conţine 22 (douăzeci și două) pagini