CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

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

DECIZIE

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

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., formulată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., sector 2, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ....., având CUI ....., împotriva adresei nr. ...../..... reprezentând comunicarea evaluării DUAE, emisă de către ....., cu sediul în ....., ..., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având drept obiect: „....." cod CPV 45233120-6, s-a solicitat anularea adresei nr. ...../.....; anularea raportului de evaluare în ceea ce privește oferta depusă; reevaluarea ofertei depuse și constatarea admisibilității acesteia.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

În preambul, contestatorul precizează că a parcurs procedura notificării prealabile și a notificat autoritatea contractantă să dispună măsuri de remediere; autoritatea contractantă a transmis adresa nr. 47242/17.05....., prin care a comunicat că nu va adopta măsuri de remediere.

În fapt, contestatorul precizează că în urma analizării de către comisia de evaluare a formularului DUAE, a fost transmisă adresa nr. ...../..... prin care autoritatea contractantă comunică faptul că oferta depusă a fost respinsă pentru următoarele motive: „Comisia de evaluare nu consideră că dovezile prezentate de ofertant sunt suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, prin raportare la motivele de excludere prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr.

98/2016, actualizată, având în vedere că instanța este cea care urmează să decidă cu privire la abaterile care fac obiectul articolului sus-menționat. Față de cele constatate anterior, comisia de evaluare consideră că sunt îndeplinite condițiile de excludere prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, în baza art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016, actualizată, oferta este inacceptabilă. Față de cele prezentate mai sus, în baza prevederilor art. 137 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, actualizată, comisia de evaluare decide: respingerea ofertei depuse de SC ..... SRL".

Față de cele mai sus menționate, contestatorul constată că, în accepțiunea comisiei de evaluare, ca urmare a analizării formularului DUAE depus în cadrul procedurii, SC ..... SRL și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul celor două contracte. Contestatorul precizează faptul că pe parcursul procesului de evaluare, comisia de evaluare a formulat solicitarea de clarificări nr. 42074/24.04..... privind cele două documente constatatoare prin care s-a solicitat transmiterea următoarelor documente:

1. Pentru Document constatator primar nr. 9339/22.06.2017 emis de Compania Națională de Investiții:

1.1. Prezentarea în copie a Plângerii prealabile nr. 9879/05.07.2017;

1.2. Prezentarea unui certificat de grefă pentru Dosarul nr. 2558/3/26.01.....;

2. Pentru Document constatator primar nr. 5757/25.04.2016, emis de CJ ...:

2.1. Prezentarea în copie a Plângerii prealabile nr. 17620/13.11.2017;

2.2. Prezentarea unui certificat de grefă pentru Dosarul nr. .../.....;

3. Prezentarea de dovezi care să arate măsurile luate de ofertant pentru demonstrarea în concret a credibilității, prin raportare la motivele de excludere prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, actualizată.

Contestatorul precizează că prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 375/02.05..... înregistrat la autoritatea contractantă cu nr. 43534/ 02.05..... a transmis atât documentele solicitate de comisia de evaluare cât și dovezi privind măsurile luate de societate pentru dovedirea credibilității, precizând totodată că până la pronunțarea unor hotărâri definitive și irevocabile de către instanța de judecată, SC ..... SRL nu se află în situația prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

Referitor la constatarea autorității contractante, potrivit căreia: *„din documentele prezentate rezultă că ofertantul a solicitat instanțelor de*

contencios administrativ și fiscal, în temeiul prevederilor legale, suspendarea și anularea celor două documente constatatoare, dar instanța nu s-a pronunțat încă pentru niciunul dintre acestea, deci acestea produc efecte juridice la momentul de față", contestatorul precizează următoarele aspecte:

- atât vechea legislație în domeniul achizițiilor în baza căreia a fost emis documentul constatator nr. 5757/25.04.2016, cât și legislația în vigoare privind achizițiile publice în temeiul căreia a fost emis documentul constatator nr. 9339/22.06.2017, condiționează publicarea documentelor constatatoare de expirarea termenelor de contestare prevăzute de Legea nr. 554/2004. În acest sens, subliniază faptul că emiterea documentelor constatatoare s-a făcut unilateral de către autoritatea contractantă, iar ofertantul a uzat în baza art. 8 alin. (1), art. 1, art. 15, art. 18 din Legea nr. 554/2004 de filtrul legalității, astfel încât, până la pronunțarea de către instanța competentă a unor hotărâri definitive și irevocabile privind validitatea certificatelor constatatoare, precum și cu privire la cuantumul prejudiciului în cazul contractului de lucrări încheiat cu CJ ... pentru care există un litigiu pe rolul instanței, excluderea societății din procedura de atribuire este abuzivă, încălcându-se totodată principiile nediscriminării și recunoașterii reciproce prevăzute de art. 2 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice cu modificările și completările ulterioare;
- pentru a opera sancțiunea prevăzută de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, este necesar să existe o dovadă clară a faptului că societatea și-a îndeplinit defectuos obligațiile contractuale, că motivele îi sunt imputabile și că prin aceasta a produs sau faptele sunt de natură să producă grave prejudicii beneficiarului. Existența între părți a unor litigii nu sunt în măsură să facă această dovadă, dovada putând fi făcută în acest caz numai cu o hotărâre judecătorească definitivă și irevocabilă. În vederea respingerii ofertantului în baza acestui temei, nu este suficientă doar o simplă „*constatare*" a unei neîndepliniri/îndepliniri defectuoase a obligațiilor contractuale prin lecturarea documentelor constatatoare emise de autoritățile contractante;
- cele două documente constatatoare nu stabilesc cuantumul prejudiciului produs de societate în cazul execuției celor două contracte de lucrări. Conform prevederilor legale, documentul constatator ar trebui să conțină cel puțin următoarele elemente: numele părților din contract, obiectul contractului; precizarea îndeplinirii ori a neîndeplinirii obligațiilor contractuale; iar în cazul ultim, eventualul prejudiciu suferit de beneficiarul contractului. Potrivit art. 97^1 alin. (1) din HG nr. 925/2006, în temeiul căruia a fost emis documentul constatator nr. 5757/25.04.2016, „*autoritatea contractantă are obligația de a emite documente constatatoare care conțin informații referitoare la îndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant și dacă este cazul, la eventualele prejudicii*".

Astfel, contestatorul menționează faptul că prevederile legislației achizițiilor publice în baza căruia a fost emis documentul constatator, prevăd o obligație expresă a autorității contractante să emită un document constatator care să conțină informații referitoare la îndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant și eventualele prejudicii, în absența acestor mențiuni sau a altor vicii de formă, documentul nu poate fi folosit pentru excluderea ofertantului.

În ceea ce privește contractul de lucrări încheiat cu CJ ..., contestatorul menționează că în prezent, stabilirea prejudiciului face obiectul dosarului nr. ...aflat pe rolul instanței Tribunalului ..... - Secția a II-a Contencios Administrativ și fiscal, cu termen de judecată ..... În acest sens, contestatorul solicită Consiliului să aibă în vedere că litigiul privind rezilierea și neîndeplinirea obligațiilor contractuale se judecă în contencios administrativ, iar pentru soluționarea acestor litigii este necesară și administrarea de expertize tehnice, procesul fiind unul de durată. De asemenea, precizează că autoritatea contractantă și-a exercitat dreptul de a-i exclude din procedura de atribuire fără a aștepta pronunțarea unor hotărâri definitive și irevocabile a instanțelor competente cu privire la constatarea unui prejudiciu produs de SC ..... SRL, precum și neîndeplinirea obligațiilor contractuale.

Cu privire la documentul constatator emis de ..., contestatorul arată că emitentul documentului nu a valorificat paguba și nici nu a solicitat recuperarea ei, fiind datoria autorității contractante să dovedească în instanță neîndeplinirea obligațiilor produse de SC ..... SRL și cuantumul prejudiciului produs, precum și faptul că prejudiciul este unul real astfel încât să se treacă la excluderea societății din procedura de achiziție. Astfel, cu privire la condiția de a fi prevăzut cuantumul prejudiciului, niciunul dintre cele două certificate constatatoare nu evidențiază faptul că a produs un prejudiciu autorităților contractante respective, în cadrul acestora nefiind stipulată valoarea vreunui posibil prejudiciu. Simpla emitere a unui document constatator de către aceste autorități contractante nu reprezintă o dovadă clară a faptului că petenta a produs prejudicii beneficiarului, interpretarea termenului de „grave prejudicii” neputând fi lăsată la interpretarea unilaterală și abuzivă a autorității contractante. Prin urmare aceste două documente constatatoare nu pot produce efecte juridice întrucât nu respectă forma impusă printr-un model adoptat printr-un act normativ, nefiind completat cuantumul prejudiciului.

Autoritățile publice nu pot să deroge de la forma impusă printr-un act normativ, sub sancțiunea nevalabilității actului emis.

Prin urmare, atunci când o autoritate contractantă consideră că un executant i-a cauzat prejudicii în derularea contractului, are obligația de a demonstra prejudiciul adus și de a preciza expres valoarea prejudiciului. Temeiul de drept privind plata de daune interese pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor contractuale îl reprezintă art. 1530 din Noul cod civil. Totodată, articolul 1530 Noul cod civil, prevede și condițiile răspunderii civile contractuale: neexecutarea obligației; existența prejudiciului, raportul de cauzalitate între fapta ilicită și prejudiciu; neexecutarea fără justificare sau după caz, culpabilă, a obligației. Din momentul în care sunt întrunite condițiile răspunderii civile contractuale se naște dreptul subiectiv al creditorului de a pretinde despăgubiri de la debitorul său. Din textul de lege, coroborat cu prevederile art. 1537 din Noul cod civil care prevede că *„dovada neexecutării obligației nu îl scutește pe creditor de proba prejudiciului”*, rezultă că între neexecutare, executare corespunzătoare sau cu întârziere a obligației sau prejudiciu trebuie să existe și să se dovedească o legătură de cauzalitate, proba incumbând creditorului.

Având în vedere cele menționate, contestatorul apreciază că, autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, are obligația de a analiza pe fond motivul excluderii ofertei, iar în acest sens, arată că a subliniat prin răspunsul la clarificări faptul că în execuția contractului încheiat cu CJ ..., societatea și-a îndeplinit în mod corespunzător obligațiile din contract, iar cauzele care au determinat întârzieri nu îi pot fi imputabile astfel cum rezultă și din adresa formulată de dirigintele de șantier și înregistrată la CJ ... sub nr. 5328/19.05.2016 în care a tratat punctual fiecare capitol de lucrări solicitate spre plată de către SC ..... SRL. De asemenea, dirigintele a subliniat faptul că reclamanta, în speță, CJ ..., se află în culpă pentru neexecutarea lucrărilor în termenul asumat inițial, având în vedere că aceasta nu a luat decizii în legătură cu problemele apărute în șantier, precum și în legătură cu soluții tehnice neconforme, prevăzute de proiectul tehnic. Prin urmare, motivele de întârziere în executarea lucrărilor îi sunt imputabile autorității contractante și anume, erori de proiectare și inexistența situației din proiectul tehnic concordante cu realitatea din teren, beneficiarul CJ ... refuzând constant solicitările SC ..... SRL de prelungire a termenului de execuție. Totodată, s-a subliniat faptul că și CJ ... datorează celor trei societăți membre ale asocierii, prezentând în acest sens documente justificative, suma de 1.187.143,31 lei, la care se adaugă TVA, formată din:

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

Contestatorul precizează că în conformitate cu prevederile alin. (1) și (3) art. 171 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice cu modificările și completările ulterioare, operatorul economic poate prezenta dovezi prin care să își demonstreze în concret credibilitate. În acest sens, este și art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, invocat și de către autoritatea contractantă în comunicarea privind rezultatul evaluării DUAE.

Cu privire la dovezi care să vizeze: *„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”* contestatorul precizează:

- pentru ca unui operator economic să i se poată aplica prevederile art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, respectiv de a depune dovezi care să confirme „efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor”, acesta ar trebui să cunoască cuantumul prejudiciului adus beneficiarului contractului de execuție de lucrări. În cazul executării contractului încheiat cu CJ ..., există pe rolul instanței de judecată dosarul care are ca obiect „prejudiciul cauzat de subscrisa”, dosar care a fost amânat pentru soluționare ca urmare a lipsei rapoartelor de expertiză. Doar pe baza acestor rapoarte de expertiză completul de judecată poate soluționa dosarul și implicit constata dacă asocierea SC ..... SRL, SC Garden Center Grup SRL și SC Total Strada SRL se face culpabilă de neexecutarea în termen a lucrărilor și producerea unui prejudiciu autorității contractante.

Cu privire la plata de daune interese, care poate fi un motiv de excludere, contestatorul precizează că în cuprinsul documentului constatator emis de ... nu este precizat cuantumul prejudiciului cauzat, respectiv care sunt despăgubirile în bani pe care SC ..... SRL este îndatorată să le plătească în scopul reparării prejudiciului suferit de beneficiar ca urmare a neexecutării culpabile a obligațiilor contractuale. Lipsa stabilirii de către autoritatea contractantă a prejudiciului cauzat nu poate determina întinderea prejudiciului și implicit operatorul economic se află în imposibilitatea de a lua eventuale măsuri de atenuare a efectelor produse în sensul prevederilor art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Cu privire la *„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", contestatorul precizează următoarele:
- prin răspunsul la clarificări, s-a transmis întâmpinarea depusă în cadrul dosarului nr. ...aflat pe rolul Tribunalului ..... - Secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal, prin care sunt detaliate cauzele care au condus la întârzieri în execuția contractului încheiat cu CJ ... și care nu au fost din culpa executantului, problemele întâlnite fiind legate de predarea amplasamentului cu întârziere, neconformitatea proiectului cu situația întâlnită în teren, în sensul că soluțiile tehnice prevăzute în proiect nu puteau fi puse în operă, identificarea pe șantier a unor proiectile cu explozibil funcționale în zonele în care se executau săpături mecanice, condițiile meteo nefavorabile care au condus la inundarea șantierului pentru mai multe săptămâni consecutive, cu consecința punerii executantului în imposibilitate obiectivă de a continua lucrările.

Cu privire derularea contractului de execuție cu ..., contestatorul menționează că a detaliat în cuprinsul răspunsului la clarificări a faptelor și împrejurărilor care au determinat întârzieri în execuție. Neîncadrarea în termenul de finalizare al lucrărilor se datorează unor motive obiective, independente de culpa sa, SC ..... SRL solicitând în mai multe rânduri prelungirea duratei de execuție, motivele de prelungire fiind indicate în adresele nr. 1112/30.05.2016, nr. 2021/20.09.2016, nr. 400/ 23.03.2017, nr. 628/20.04.2017, nr. 635/21.04.2017, nr. 749/ 08.05.2017. De asemenea, subliniază că notificarea de reziliere a contractului a fost transmisă de ... la data de 09.06.2017, dată la care între părțile contractuale nu mai exista niciun raport juridic, prin urmare nu putea produce efecte juridice, fiind lovită de nulitate.

Cu privire 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*", contestatorul menționează că a luat măsuri de întărire a controlului în derularea contractelor de lucrări prin elaborarea unor proceduri interne: procedura de urmărire și derulare contracte de furnizare, servicii și lucrări; procedura produsului/ serviciului/ lucrărilor neconforme; procedura de audit intern (Controlul înregistrărilor; Audit intern; Controlul produsului neconform; Monitorizare si măsurare satisfacție client, procese aplicabile și produs; Instruire și conștientizare personal.

Cu privire la „adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor", SC ..... SRL precizează că nu a inițiat măsuri întrucât în prezent, cele două documente constatatoare nu stabilesc un

prejudiciu cuantificabil, iar societatea nu cunoaște întinderea prejudiciului, iar autoritatea contractantă este cea care are obligația de a face dovada prejudiciului în conformitate cu prevederile art. 1537 din Noul cod civil, care stipulează: „dovada neexecutării obligației nu îl scutește pe creditor de proba prejudiciului cu excepția cazului în care prin lege sau prin convenția părților se prevede altfel”.

Referitor la afirmația potrivit căreia: „Comisia de evaluare nu consideră că dovezile prezentate de ofertant sunt suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, prin raportare la motivele de excludere prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 actualizată, având în vedere că instanța este cea care urmează să decidă cu privire la abaterile care fac obiectul articolului sus-menționat”, contestatorul menționează că însăși autoritatea contractantă subliniază faptul că fiind litigii pe rolul instanțelor de judecată, doar acestea sunt în măsură în prezent să stabilească „gravitatea obligațiilor ce îi revenea subscrisei în derularea contractelor”. În acest sens, contestatorul invocă și hotărârea Curții de Apel ..... nr. .../29.06.2017 care în motivarea deciziei subliniază faptul că lipsa analizării contextului în care au fost emise documentele constatatoare constituie elemente ale excesului de putere în raporturile juridice. Se constată astfel că autoritatea contractantă nu a avut în vedere descrierea aspectelor care au condus la întârzieri în execuție și care confirmă faptul că acestea nu îi sunt imputabile societății și nici nu a justificat de ce dovezile depuse de subscrisa „sunt considerate ca fiind insuficiente”, deși acestea au fost depuse în conformitate cu prevederile art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/ 2016.

Față de motivele de excludere stipulate de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98 /2016 pentru eliminarea din procedura de atribuire pentru abateri profesionale grave, precum și a dovezilor depuse de SC ..... SRL în dovedirea credibilității în conformitate cu prevederile art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, contestatorul consideră că motivul de excludere a ofertei depuse în cadrul procedurii nu este îndeplinit pentru următoarele considerente:

- împotriva celor două documente constatatoare emise de ... și CJ ... au fost formulate plângeri la instanțele competente pentru care nu există hotărâri definitive și irevocabile;
- SC ..... SRL beneficiază de prezumția de nevinovăție până la pronunțarea unor hotărâri definitive și irevocabile contrare;
- încetarea anticipată a contractului de execuție de lucrări nr. 11878/ 12.08.2015 pentru obiectivul de investiții: „Amenajarea ariei naturale de

interes local Crâng Petrești și îmbunătățirea infrastructurii de acces" încheiat între Consiliul Județean ..., în calitate de beneficiar și Asocierea SC ..... SRL - SC ..... SRL – SC ..... SRL, în calitate de executant nu s-a datorat unui comportament necorespunzător al executantului de natură a-i pune la îndoială credibilitatea așa cum rezultă din motivele invocate în întâmpinarea depusă în litigiul aflat pe rolul instanței de judecată;
- gravitatea acțiunii de încetare a contractului execuție de lucrări nr. 136/ 08.06.2015 pentru obiectivul de investiții: *„Sală de sport cu tribună 10 locuri - comuna Tia Mare, județul Olt"* încheiat cu ...nu este cunoscută părților, nefiind stabilit un prejudiciu cuantificabil la data emiterii documentului constatator. În susținere, contestatorul invocă faptul că autoritatea contractantă are obligația de a face dovada prejudiciului, prevederile art. 1537 din Noul cod civil, care stipulează: *„dovada neexecutării obligației nu îl scutește pe creditor de proba prejudiciului cu excepția cazului în care prin lege sau prin convenția părților se prevede altfel*";
- noțiunea de *„abatere gravă*" trebuie înțeleasă ca referindu-se în mod normal la un comportament al operatorului economic în cauză care denotă o intenție culpabilă sau o neglijență de o anumită gravitate din partea sa. Astfel, orice executare incorectă, imprecisă sau defectuoasă a unui contract sau a unei părți din acest contract poate demonstra eventual o competență profesională limitată a operatorului economic în cauză, dar nu echivalează în mod automat cu o abatere gravă. Ori în documentele constatatoare emise de autoritățile contractante nu sunt detaliate în mod concret situațiile care au determinat încetarea anticipată a contractelor, nu reflectă situația de fapt astfel încât comisia de evaluare să analizeze dacă societatea și-a încălcat într-adevăr în mod grav sau repetat obligațiile contractuale ce-i reveneau în contractele de achiziții publice;
- SC ..... SRL activează în domeniul construcțiilor din anul 1992, având în portofoliul său numeroase lucrări executate cu instituții publice în care și-a dus la îndeplinire în mod corespunzător obligațiile contractuale;
- aplicarea automată a prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, fără o dovadă certă a existenței unei abateri grave, fără a lua în considerare litigiile rezultate din contractele de execuție care se află pe rolul instanțelor și pentru care nu există hotărâri definitive și irevocabile care să confirme existența unor abateri grave, respectiv neîndeplinirea sau îndeplinirea necorespunzătoare de către operatorul economic SC ..... SRL a clauzelor contractuale, precum și a măsurilor luate pentru dovedirea credibilității contravine principiilor în materia achizițiilor: transparența, asumarea răspunderii, proporționalitatea;
- SC ..... SRL a luat măsuri de întărire a sistemelor de control intern.

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

În final, contestatorul solicită accesul la dosarul cauzei.

În vederea soluționării contestației în cauză, prin adresa nr. .../.....-...../22.05....., Consiliul solicită autorității contractante, potrivit dispozițiilor art. 18 și 20 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, forma în vigoare la data depunerii contestației, în termen de 5 zile lucrătoare de la data primirii prezentei sub sancțiunea reglementată de art. 20 alin. (5) din actul normativ antemenționat, dosarul achiziției publice; DUAE contestator (documentele de calificare); dovada respectării prevederilor art. 16 alin. (2) și art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016. În situația în care a adoptat vreo măsură de remediere după primirea contestației trimiterea dovezii respectării prevederilor art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 48883/29.05....., înregistrată la CNSC sub nr. 21219/29.05....., autoritatea contractantă transmite documentele solicitate precum și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză, solicitând Consiliului respingerea ca neîntemeiată a acesteia, din considerentele ce vor fi expuse mai jos.

Autoritatea contractantă precizează că în îndeplinirea atribuțiilor ce i-au revenit conform prevederilor art. 132 alin. (1) din HG nr. 395/2016, a analizat conținutul DUAE depus de SC ..... SRL și răspunsul acestuia la solicitarea de clarificări privind DUAE nr. 43534/02.05....., constatând următoarele:

- ofertantul răspunde afirmativ la două întrebări din DUAE, Partea III. Motive de excludere. C. Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale, și anume: *„Operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă?; Operatorul economic se află 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?”;
- la solicitarea de detaliere a motivelor de excludere, ofertantul răspunde că este vorba de două documente constatatoare și anume: Document constatator primar nr. 9339/22.06.2017 emis de Compania Națională de Investiții; Document constatator primar nr. 5757/25.04.2016, emis de CJ ....

Din analiza acestor documente constatatoare, disponibile în SEAP, comisia de evaluare a constatat că acestea se referă la două contracte de lucrări care nu au fost îndeplinite în mod corespunzător, astfel:

1. Document constatator primar nr. 9339/22.06.2017, emis de ...SA, referitor la îndeplinirea obligațiilor contractuale în contractul nr. 136/08.06.2015, având ca obiect: „*Sală de sport cu tribună 180 locuri - comuna Tia Mare, județul Olt*”, la care ofertantul a participat în calitate de contractant, și din care rezultă: nerespectarea termenelor contractuale de executare lucrări, prejudicii aduse autorității contractante și penalități de întârziere datorate;
2. Document constatator primar nr. 5757/25.04.2016, emis de Consiliul Județean ..., privind îndeplinirea obligațiilor contractuale în contractul nr. 11878/12.08.2015 având ca obiect: *„Amenajarea ariei naturale de interes local Crâng Petrești și îmbunătățirea infrastructurii de acces*”, la care ofertantul a participat în calitate de lider asociere, și din care rezultă: nerespectarea termenelor de execuție a lucrărilor contractate, neconformități care au dus la refaceri parțiale sau totale de lucrări, prejudicii produse, aprecierea îndeplinirii obligațiilor contractuale ca fiind nesatisfăcătoare, și încadrarea documentului constatator la categoria: reziliere contract.

Autoritatea contractantă menționează că ofertantul a uzat de căile legale permise de Legea nr. 554/2004 privind contenciosul administrativ, actualizată, de a cere anularea și suspendarea executării celor două documente constatatoare privind îndeplinirea obligațiilor contractuale, în care se semnalează fapte considerate abatere profesională gravă, astfel:

1. Pentru Document constatator nr. 9339/22.06.2017, emis de ...SA:

- a depus Plângerea prealabilă nr. 2192/04.07.2017, înregistrată la autoritatea contractantă SC ... SA cu nr. 9879/05.07.2017;
- a depus acțiune la Tribunalul ....., Dosar nr. 2558/3/ 26.01....., având ca obiect anulare și suspendare executare act administrativ Document constatator primar nr. 9339/22.06.2017, cu ultimul termen de judecată pe dată de .....;

2. Pentru Document constatator nr. 5757/25.04.2016, emis de Consiliul Județean ...:

- a depus Plângerea prealabilă nr. 2029/10.11.2017, înregistrată la autoritatea contractantă Consiliul Județean ... cu nr. 17620/ 13.11.2017;

- a depus acțiune la Tribunalul ..., Dosar nr. .../....., având ca obiect anulare și suspendare executare act administrativ Document constatator primar nr. 5757/25.04.2016, cu următorul termen de judecată pe data de 13.06.....;

- a depus întâmpinare la Dosarul nr. 42275/3/2016, inițiat de CJ ... la Tribunalul ....., prin care beneficiarul solicită obligarea executantului la repararea prejudiciului suferit ca urmare a neexecutării lucrărilor prevăzute în contractul nr. 11878/ 12.08.2015, pentru care a fost eliberat Document constatator primar nr. 5757/25.04.2016.

Conform portalului instanței (Tribunalul .....) în Dosarul nr. 2558/3/26.01....., având ca obiect: anulare și suspendare executare act administrativ, Document constatator primar nr. 9339/22.06.2017 emis de SC ... SA, în ședința din ....., s-a emis soluția de respingere a cererii reclamantului SC ..... SRL.

Analizând cele două documente constatatoare negative din punct de vedere al datei la care au fost eliberate și ulterior contestate în instanță, se constată că ofertantul ar fi avut posibilitatea, conform prevederilor art. 7 din Legea nr. 554/2004 privind contenciosul administrativ, să le conteste cu mult înainte, având în vedere riscurile de excludere. Astfel, pentru documentul constatator privind neîndeplinirea obligațiilor contractuale nr. 5757/25.04.2016, emis de CJ ..., s-a depus Plângerea prealabilă nr. 17620/13.11.2017, și a fost contestat prin Cererea de chemare în judecată - Dosar nr. 2558/3/26.01..... (după 18 luni de la emiterea documentului constatator) iar pentru Documentul constatator primar nr. 9339/ 22.06.2017, emis de SC ... SA, s-a depus Plângerea prealabilă nr. 9879/ 05.07.2017, și a fost contestat prin Cererea de chemare în judecată - Dosar nr. 2558/3/26.01..... (după 7 luni de la emiterea documentului constatator).

În susținerea afirmațiilor sale, cu privire la documentele constatatoare, autoritatea contractantă invocă prevederile art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016. De asemenea, cu privire la motivele de excludere legate de abateri profesionale, autoritatea contractantă invocă prevederile art. 167 alin. (1), lit. g) și alin. (8), precum și art. 171 din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere prevederile legale mai sus menționate, autoritatea contractantă menționează că a solicitat ofertantului SC ..... SRL, prin adresa nr. 42074/24.04....., clarificări privind cele două documente constatatoare negative, și anume: copii după plângerile prealabile și

certificatele de grefa ale dosarelor care contestă documentele constatatoare, precum și prezentarea de dovezi care să arate măsurile luate de ofertant pentru demonstrarea în concret a credibilității, prin raportare la motivele de excludere prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016. Prin adresa nr. 375/02.05....., înregistrată la autoritate sub nr. 43534/02.05....., ofertantul transmite răspuns, anexând documentele solicitate. Referitor la măsurile luate pentru demonstrarea în concret a credibilității, pe lângă depunerea plângerilor prealabile și a contestării în instanță a documentelor constatatoare referitoare la îndeplinirea celor două contracte de lucrări, ofertantul motivează că aspectele negative semnalate se datorează unor cauze obiective, cum ar fi: condiții meteorologice nefavorabile, existența unor proiectile explozive din timpul războiului pe teritoriul șantierului, predarea amplasamentului cu întârziere, neconformitatea proiectului cu situația din teren. De asemenea, ofertantul susține că a luat măsuri pentru întărirea controlului în derularea contractelor de lucrări prin elaborarea unor proceduri interne, și are o activitate îndelungată în domeniul construcțiilor, cu o calitate a lucrărilor recunoscută prin clasarea sa în topul firmelor de specialitate.

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, și nu puteau ignorate în evaluarea ofertei. Astfel, din documentele prezentate la răspunsul solicitării de clarificări și datele disponibile pe portalul instanței, nu reiese că cele două documente constatatoare au fost suspendate și/sau anulate printr-o hotărâre judecătorească dată de instanța competentă. Pe cale de consecință, cele două acte administrative atestă faptul că executantul nu și-a îndeplinit obligațiile, până la emiterea unui nou act contradictoriu și executoriu de drept.

Faptul că până în prezent nu a fost emisă o decizie a instanței de judecată cu privire la aceste înscrisuri este o chestiune care ține și de modul în care contestatoarea a înțeles să-și exercite drepturile conferite de legislația în vigoare. Cele două documente constatatoare sunt valabile și produc efecte juridice întrucât nu a intervenit suspendarea, revocarea și/sau anularea lor de către instanță. Conform dispozițiilor art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, nu au trecut mai mult de 3 ani de la emiterea acestor documente, pentru a se invoca, cu succes, regula de excepție de la obligația excluderii din competiție.

În urma finalizării evaluării DUAE și a răspunsului la solicitările de clarificări, autoritatea contractantă a considerat că ofertantul de SC ..... SRL îndeplinește condițiile de excludere prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, iar în baza art. 137 alin. (1) și alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, oferta acestuia este respinsă

inacceptabilă. Rezultatul evaluării DUAE a fost transmis SC ..... SRL prin adresa nr. 12797/13.02....., iar ca urmare acesta a depus notificarea prealabilă nr. 429/14.05....., înregistrată la autoritate sub nr. 46303/14.05..... În Răspunsul la notificarea prealabilă nr. 47242/ 17.05....., autoritatea contractantă a comunicat că nu adoptă măsuri de remediere în sensul celor solicitate de ofertant, menținându-și decizia de respingere a ofertei.
Prin adresa nr. 501/04.06....., înregistrată la CNSC sub nr. 22029/ 04.06....., contestatorul transmite o completare a contestației, față de punctul de vedere emis de către autoritatea contractantă, precizând următoarele aspecte cu privire la criticile aduse de autoritate:

1. Referitor la documentul constatator nr. 5757/25.04.2016, emis de Consiliul Județean ..., contestatorul precizează că acesta nu conține informații privind prejudiciul cauzat de SC ..... SRL. Documentul constatator emis de Consiliul Județean ... doar indică măsurile luate de autoritatea contractantă, fără a indica cauzele care au condus la aplicarea acestor măsuri, fără o dovadă certă a unei abateri grave a SC ..... SRL. Din prevederile art. 167 alin. (1), lit. g) din Legea nr. 98/2016, se constată că legiuitorul nu a stipulat în mod expres excluderea din procedura de atribuire a ofertanților care au documente constatatoare negative publicate în SEAP, ci excluderea acelor operatori economici care fac culpabili de încălcarea gravă sau în mod repetat a obligațiilor contractuale.
2. Referitor la documentul constatator nr.9339/22.06....., emis de SC ... SA, contestatorul precizează că motivul de excludere invocat de SC ... SA, respectiv „plata de daune interese”, nu este aplicabil, documentul constatator nu prezintă informații certe privind prejudiciul adus de SC ..... SRL în executarea contractului. Temeiul de drept privind plata de daune interese pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor contractuale îl reprezintă art. 1530 ncpc. Din prevederile art. 167 alin. (1), lit. g) din Legea nr. 98/2016, se constată că legiuitorul nu a stipulat în mod expres excluderea din procedura de atribuire a ofertanților care au documente constatatoare negative publicate în SEAP, ci excluderea acelor operatori economici care fac culpabili de încălcarea gravă sau în mod repetat a obligațiilor contractuale. Prin urmare, documentul constatator nu are un rol absolut în evaluarea încadrării în situațiile prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din legea nr. 98/2016.

Întrucât contestatorul a solicitat accesul la dosarul cauzei, prin adresa nr. 22258/.....-...../05.06....., Consiliul îi comunică acestuia termenul limită de studiere a dosarului și implicit de depunere concluzii scrise; contestatorul s-a prezentat la sediul CNSC în data de 07.06.....

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura, în vederea încheierii acordului-cadru, având drept obiect: „Rețele utilități aferente cartierului rezidențial Zona Gării Noi ....., în vederea realizării obiectivului - sistematizare pe verticală/drumuri" cod CPV 45233120-6, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare simplificat nr. ...../....., conform căruia valoarea estimată a procedurii este 7.457.837 lei fără TVA. Conform cap. IV.2.1) din anunț, criteriul de atribuire al contractului este: „prețul cel mai scăzut".

În cadrul contestației, SC ..... SRL solicită anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. ...../....., anularea raportului de evaluare în ceea ce privește oferta lui și reevaluarea ofertei contestatorului cu constatarea admisibilității acesteia.

Analizând criticile formulate de SC ..... SRL, Consiliul constată că acestea vizează respingerea ofertei depuse, sub aspectul constatării că, sunt îndeplinite condițiile de excludere prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, respectiv: „(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de 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".

Analizând documentul DUAE depus de SC ..... SRL (pag. 720-741 din dosarul achiziției, transmis de autoritatea contractantă la dosarul cauzei), Consiliul constată că ofertantul la întrebarea: „Operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă? Dacă este cazul, a se vedea definițiile din legislația națională, din anunțul relevant sau din documentele achiziției?" a răspuns: „DA", indicând documentul constatator nr. 9339/22.06.2017 emis de ...și documentul constatator primar nr. 5757/25.04.2016, emis de CJ ...".

De asemenea, în DUAE, ca măsuri luate pentru demonstrarea fiabilității, au fost precizate următoarele:

„Pentru Documentul constatator nr. 9339/22.06.2017 emis de ... SA, s-a formulat plângerea prealabilă nr. 2192/ 04.07.2017 înregistrată la Autoritatea

Contractanta sub nr. 9879/05.07.2017. Plângerea prealabilă nu a fost soluționată de către ... SA.

Împotriva Documentului Constatator s-a formulat acțiune în instanță Secția a 2-a Contencios administrativ fiscal-Tribunalul ....., Dosar nr. 2558/3/....., având ca obiect anulare și suspendare act administrativ-Document Constatator nr. 9339/22.06.2017. Dosarul cu nr. 2558/3/..... se află pe rolul instanței, nefiind soluționat.

Pentru Documentul constatator nr. 5757/25.04.2016 emis de CJ ..., s-a formulat plângerea prealabilă nr. 2029/ 10.11.2017 înregistrată la Autoritatea Contractantă sub nr. 17620/ 13.11.2017. Plângerea prealabilă nu a fost soluționată de către CJ ....

Împotriva Documentului Constatator s-a formulat acțiune în instanță Secția a 2-a Civila de contencios administrativ fiscal-Tribunalul ..., Dosar nr. .../....., având ca obiect anulare și suspendare act administrativ Document Constatator nr. 5757/25.04.2016. Dosarul cu nr. .../..... se află pe rolul instanței, nefiind soluționat.

În urma derulării contractului de execuție de lucrări nr. 11878/12.08.2015 pentru obiectivul de investiții „Amenajarea ariei naturale de interes local Crâng Petrești și îmbunătățirea infrastructurii de acces" încheiat între Consiliul Județean ..., în calitate de beneficiar și Asocierea ..... SRL, SC Garden Center Grup SRL Măgurele și SC Total Strada SRL, în calitate de executant, a fost emis Documentul constatator nr. 5757/25.04.2016 privind îndeplinirea obligațiilor contractuale, cu calificativul „nesatisfăcător", fiind reținute în fapt „nerespectarea termenelor de execuție a lucrărilor contractate, existența unor „neconformități care au condus la refaceri parțiale sau totale de lucrări" și că au existat „prejudicii produse", prejudicii care nu au fost cuantificate în cadrul documentului constatator emis de beneficiar.

La data de 30.05.2016 a fost înregistrat pe rolul Curții de Apel ..... dosarul nr. ... având ca obiect obligarea Asocierii ..... SRL, SC Garden Center Grup SRL Măgurele și SC Total Strada SRL la repararea prejudiciului suferit ca o consecință directă a neexecutării lucrărilor prevăzute în contract, reprezentând valoarea eligibilă a contractului nr. 11878/12.08.2015 care nu a fost executat. Față de cererea de chemare în judecată formulată de Unitatea Administrativ Teritorială Județul ..., subscrisa a formulat întâmpinare care a fost transmisă prin poștă, prin care Asocierea ..... SRL, SC Garden Center Grup SRL Măgurele și SC Total Strada SRL prezintă situația de fapt din perioada de derulare a contractului, faptul că și-a executat obligațiile contractuale cu bună-credință, iar depășirea termenului de execuție s-a produs din motive independente de culpa acesteia, solicitând respingerea acțiunii ca neîntemeiată. Prin Hotărârea nr. 2981/11.10.2016, Curtea de Apel ....., Secția a VlII-a contencios administrativ și fiscal, „admite excepția de necompetență materială și declină competența de soluționare a cauzei în favoarea Tribunalului ..... - Secția Contencios Administrativ și Fiscal".

În prezent, dosarul este pe rolul instanței Tribunalului ..... - Secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal, fiind înregistrat cu nr. 42275/3/2016. La termenul din data de 12.02....., cauza a fost amânată pentru lipsa rapoartelor de expertiză, fiind stabilit un nou termen de judecată: 12.03..... Nici la acest termen, dosarul nu a fost soluționat, cauza fiind amânată cu termenul de 23.04.....

În conformitate cu prevederile art. 167 alin. (1) lit. g din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, pentru ca un operator economic să fie exclus de la procedura de atribuire trebuie îndeplinite cumulativ două condiții: și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile contractuale principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice și în același timp, respectivele încălcări să fi condus: la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune interese sau alte sancțiuni comparabile.

În conformitate cu prevederile art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016 din 2 iunie 2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice cu modificările și completările ulterioare, „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".

Având în vedere faptul că până la data participării la procedura de atribuire a contractului având ca obiect: „....." nu există o hotărâre judecătorească definitivă și irevocabilă în dosarul nr. ...prin care să se stabilească dacă în cadrul derulării contractului nr. 117/12.08.2015 asocierea SC ..... SRL, SC Garden Center Grup SRL Măgurele și SC Total Strada SRL se face culpabilă de neexecutarea lucrărilor în contract și implicit de producerea unui prejudiciu beneficiarului, Unitatea Administrativ Teritorială Județul ..., subliniem că subscrisa ..... SRL nu se află în situația prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

b) în subsidiar, precizăm următoarele: Cu privire la Documentul constatator privind neîndeplinirea obligațiilor contractuale nr. 5757/25.04.2016 emis de Unitatea Administrativ Teritoriala Județul ..., am procedat la contestarea acestuia potrivit dispozițiilor legale, atât pe cale administrativa cat si pe cale judecătoreasca, pentru a dovedi netemeinicia sa, solicitând suspendarea și anularea acestuia, astfel:

- Am formulat plângere prealabila conform dispozițiilor Legii nr. 554/2004, art. 97 1 din HG nr. 925/2006 , înregistrata la Unitatea Administrativ Teritoriala Județul ... sub nr. 17620/13.11.2017

- Subscrisa am formulat o acțiune având ca obiect anulare și suspendare act administrativ - Documentul constatator privind neîndeplinirea obligațiilor contractuale nr. 5757/25.04.2016 la Tribunalul ..., Secția a Il-a Civilă, de Contencios Administrativ și Fiscal, în temeiul art. 8 (1), art. 11 lit. c), art. 14, art. 15, art. 18 din Legea nr. 554/2001, Legea nr. 98/2016, HG nr. 925/2006, dosar nr. .../....., dosar care are termen de judecata la data de 13.06.....

- Totodată, s-au încălcat prevederile art. 166 alin. (4) și alin. (5) din HG nr. 925/2006, în sensul în care, Unitatea Administrativ Teritorială Județul ... trebuia sa publice în SEAP Documentul constatator după expirarea termenelor

de contestare prevăzute de Legea nr. 554/2004, acest demers nefiind respectat de către aceasta.

În urma derulării contractului de execuție de lucrări nr. 136/08.06.2015 pentru obiectivul de investiții „Sală de sport cu tribună 10 locuri - comuna Tia Mare, județul Olt" încheiat între Compania Națională de Investiții, în calitate de beneficiar și SC ..... SRL, în calitate de executant, a fost emis Documentul constatator nr. 9339/22.06.2017, fiind reținute:

- punctul 5 lit. b): nerespectarea termenelor contractuale de executare de lucrări: DA -punctul 6 „prejudicii aduse sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului: DA. Antreprenorul datorează penalități de întârziere de la data de 04.05.2017 până la data de 04.05.2017 conform prevederilor art. 7.1 din contract și plata de daune interese".

Fată de constatările făcute în cuprinsul documentului constatator subliniem faptul că subscrisa SC ..... SRL nu se află în situația prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, pentru următoarele susțineri:

- pe site-ul ANAP - în cadrul secțiunii „Biblioteca de spețe", speța 243, punctul de vedere formulat de ANAP este că „având în vedere că prin semnarea unui contract ce conține clauze de aplicare a unor penalități pentru încălcarea anumitor obligații, operatorul economic își asumă plata acelor penalități fără a mai fi nevoie să se dovedească existența unui prejudiciu, în opinia noastră aplicarea de penalități nu poate fi considerată o sancțiune comparabilă cu „plata de daune-interese" în sensul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, întrucât în cazul acestora din urmă este nevoie de realizarea unor demersuri suplimentare în vederea demonstrării existenței unui eventual prejudiciu și recuperării acestuia. Prin urmare, considerăm că aplicarea de penalități conform clauzelor contractuale, în cadrul unui contract de achiziții publice, nu aduce operatorul economic în cauză, în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016".

Prin urmare, penalitățile de întârziere imputate subscrisei de la data de 04.05.2017 până la data de 04.05.2017, nu aduc operatorul economic ..... SRL în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

- în cuprinsul documentului constatator se menționează plata de daune de interese fără a fi menționat în mod expres care sunt despăgubirile în bani pe care subscrisa este îndatorată să le plătească în scopul reparării prejudiciului suferit de beneficiar ca urmare a neexecutării culpabile a obligațiilor contractuale.

Așa cum este menționat și în punctul de vedere emis de către ANAP, în cazul constatării unei sancțiuni privind „plata de daune-interese", este necesar să se realizeze demersuri suplimentare în vederea demonstrării existenței unui

eventual prejudiciu pe care subscrisa 1-a creat beneficiarului ... și implicit inițierea unor demersuri de recuperare a acestuia.

Conform adresei nr. MBR TRZ 50104 din 03.07.2017, emisă de Agenția Națională de Administrare Fiscală Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice - ....., în baza adresei nr. 9270/21.06.2017 transmisă de ... SA, Activitatea de Trezorerie și Contabiliate Publică a Municipiului ..... a procedat la executarea sumei de 48.447,12 lei, reprezentând garanția de bună execuție conform contract nr. 136/08.06.2015.

Potrivit art. 171 alin. (3) din Legea nr.98/2016 privind achizițiile publice, „dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 le poate furniza autorității contractante, 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 [..]".

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

În subsidiar, precizăm următoarele:

Cu privire la Documentul constatator primar nr. 9339/22.06.2017 emis de Compania Naționala de Investiții, am procedat la contestarea acestuia potrivit dispozițiilor legale, atât pe cale administrativă cât și pe cale judecătoreasca, pentru a dovedi netemeinicia sa, solicitând suspendarea și anularea acestuia, astfel:

- Am formulat plângere prealabila conform dispozițiilor art. 7 alin. (1) din Legea nr. 554/2004 , art. 97 alin. (1) din HG nr. 925/2006, înregistrată la Compania Naționala de Investiții - C.N.I. - S.A sub nr. 9879/05.07.2017;

- Subscrisa am formulat acțiune având ca obiect anulare și suspendare act administrativ - Documentul constatator primar nr. 9339/22.06.2017, la Tribunalul ....., Secția a II-a Contencios Administrativ si Fiscal, în temeiul art. 8(1) , art. 11 lit. c , art. 14, art. 15, art. 18 din Legea nr. 554/2001, Legea nr. 98/2016, HG nr. 925/2006, dosar nr. 2558/3/....., dosar care are termen de judecata la data de 26.04.....

- S-au încălcat prevederile art. 166 alin. (4) și alin. (5) în sensul în care, ... trebuia să publice în SEAP Documentul constatator după expirarea termenelor de contestare prevăzute de Legea nr. 554/2004, acest demers nefiind respectat de către aceasta.

Pentru cele doua documente constatatoare s-au eliberat Certificate de Grefă".

La același capitol din DUAE: Partea III. Motive de excludere. C. Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale, răspunsul afirmativ la întrebarea: Operatorul economic se află 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? este completat de ofertant cu detalii identice cu cele din cadrul întrebării anterioare: Operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă?

Prin adresa nr. 42074/24.04..... (pag. 934-939 din dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei), autoritatea contractantă a solicitat contestatorului să transmită în copie a plângerile prealabile nr. 9879/05.07.2017 și nr. 17620/13.11.2017, certificate de grefă pentru dosarele nr. 2558/3/26.01..... și nr. .../..... și dovezi care să arate măsurile luate pentru demonstrarea în concret a credibilității, prin raportare la motivele de excludere prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, actualizată. Contestatorul a răspuns la solicitarea autorității contractante prin adresa nr. 375/02.05.....

Din analiza documentului constatator nr. 9339/22.06.2017 (pag. 764 din dosarul achiziției, transmis de autoritatea contractantă la dosarul cauzei), rezultă că acesta a fost emis de ...– ... SA, pentru contractul nr. 136/08.06.2015, având ca obiect execuție *„Sală de sport cu tribună 180 locuri – comuna Tia Mare, județul Olt*”. Motivul emiterii documentului constatator a fost nerespectarea termenelor contractuale, prejudiciul constând în penalități de întârziere de la data de *„04.05.2017 până la data de 04.05.2017*”.

Împotriva documentului constatator, contestatorul a formulat plângere prealabilă și acțiune în instanță pentru anularea lui, fiind înregistrat pe rolul Tribunalului ....., Secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal, dosarul nr. .../....., în cazul căruia instanța s-a pronunțat la data de ....., prin Hotărârea 3082/..... soluția fiind: Respingere acțiunea ca neîntemeiată/Respinge cererea.

Prin adresa nr. MBR TRZ 50104/03.07.2017 (pag. 1102 din dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei), Agenția Națională de Administrare Fiscală - ....., a comunicat SC ..... SRL că autoritatea contractantă ... a procedat la executarea garanției de bună execuție, în sumă de 48.447,12 lei.

În ce privește documentul constatator nr. 5757/25.04.2016 (pag. 767-768 din dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei), emis de Consiliul Județean ..., pentru contractul nr. 11878/12.08.2015, având ca obiect *„Amenajarea ariei naturale de interes local Crâng Petrești și îmbunătățirea infrastructurii de acces*”, neconformitățile înregistrate au fost nerespectarea termenelor de execuție a lucrărilor contractate și neconformități care au condus la refaceri parțiale sau totale de lucrări.

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

Unitatea Administrativ Teritorială Județul ... a formulat cerere de chemare în judecată, având ca obiect obligarea SC ..... SRL la repararea prejudiciului suferit ca o consecință directă a neexecutării lucrărilor prevăzute în contract (dosar nr. ..., Curtea de Apel ....., secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, a declinat cauza spre soluționare la Tribunalul ....., Secția contencios administrativ și fiscal, fiind constituit dosarul nr. 42275/3/2016, cu termen de judecată 18.06.....).

În speță sunt relevante prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, care dispun că *„autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: (...) g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract sectorial sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile”*;

Dispozițiile alin. (8) ale aceluiași articol prevăd 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*”.

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

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

(...)

(3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 le poate furniza autorității contractante, în sensul prevederilor alin. (1), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a

faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația, și la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite".

Din dispozițiile legale citate mai sus, rezultă că, pentru aplicarea motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, este necesar să fie îndeplinite următoarele condiții cumulative: încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale; încălcarea obligațiilor principale să fi intervenit în derularea unuia dintre următoarele tipuri de contracte încheiate anterior: contract de achiziții publice, contract sectorial, contract de concesiune; încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale să fi condus la una din următoarele consecințe (sancțiuni): încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese, alte sancțiuni comparabile.

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

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

Pe de altă parte, însă, din cuprinsul plângerii prealabile formulate de contestatoare față de documentul constatator nr. 9339/22.06.2017, rezultă că autoritatea contractantă a trimis notificare de reziliere a contractului pentru neexecutarea obligațiilor, astfel că, față de cele de

mai sus, se constată că cele trei condiții pentru aplicarea art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 sunt îndeplinite.

Referitor la documentul constatator nr. 5757/25.04.2016, Consiliul constată că sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, în sensul că, în cuprinsul documentului, se face referire la nerespectarea termenelor de execuție a lucrărilor contractate și neconformități care au condus la refaceri parțiale sau totale de lucrări, iar autoritatea contractantă a făcut toate demersurile pentru recuperarea unui prejudiciu cuantificat și indicat în cererea de chemare în judecată.

Analizând, Consiliul stabilește că nelegalitatea aspectelor consemnate în documentele constatatoare, reclamate de autoarea contestației, sunt de competența instanței de judecată, iar nu a Consiliului. De altfel, cum s-a arătat mai sus, în dosarul nr. .../....., în cazul căruia Tribunalul ....., Secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal, dosarul nr. .../....., instanța s-a pronunțat la data de ....., prin Hotărârea 3082/..... soluția fiind: Respingere acțiunea ca neîntemeiată/Respinge cererea.

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

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

Conform articolului menționat, autoritatea contractantă exclude din procedură orice operator economic care și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune interese sau alte sancțiuni complementare. Or, în cazul contestatoarei, există două documente constatatoare care îndeplinesc condițiile care atrag excluderea din procedură.

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

Pentru aceste motive

în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu .....

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

Complet de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare	PREȘEDINTE	Consilier de soluționare
.....	.....	.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 22 (douăzecișidouă) pagini.