



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, +40218900745 www.cnsr.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 achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr./(...)/(...)

Data: (...)

Prin contestația nr. 520/04.04.2017, comunicată prin mijloace electronice (e-mail) și ulterior în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 12127/05.04.2017 și respectiv sub nr. 12223/05.04.2017, formulată de (...), cu sediul în (...), înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub (...), având CUI RO (...), reprezentată legal prin (...)- Director și convențional prin (...), cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în municipiul (...), împotriva adresei nr. 702/20.03.2017 reprezentând comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, emisă în cadrul procedurii de atribuire prin „licitație deschisă”, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect „Servicii privind elaborarea documentației de avizare a lucrărilor de intervenții (DALI) și a proiectului de execuție (PT+DDE) și asistență tehnică din partea proiectantului, pentru reabilitarea și defuncționalizarea interioarelor clădirilor A, B și Rotonda de la Aeroportul (...)”, inițiată de (...), în calitate de entitate contractantă, cu sediul în (...), s-a solicitat:

- anularea adresei nr. 702/20.03.2017 prin care oferta Asocierii (...)SA a fost declarată inacceptabilă, iar procedura de atribuire a fost anulată;

- anularea deciziei prin care oferta Asocierii (...)SA a fost declarată inacceptabilă, a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestei decizii, precum și a tuturor actelor subsecvente acesteia;

- anularea deciziei de anulare a procedurii de atribuire, a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestei decizii, precum și a tuturor actelor subsecvente acesteia, inclusiv a adresei nr. 868/30.03.2017 de comunicare a răspunsului la Notificarea prealabilă;

- anularea în parte a raportului procedurii de atribuire nr. 49.3/20.03.2017 în ceea ce privește declararea ca inacceptabilă a ofertei Asocierii (...)SA și în ceea ce privește anularea procedurii și a tuturor actelor subsecvente acestuia;
- reluarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertei Asocierii (...)SA de la etapa verificării admisibilității acesteia;
- obligarea entității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

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

Prin contestația nr. 520/04.04.2017, comunicată prin mijloace electronice (e-mail) și ulterior în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 12127/05.04.2017 și respectiv sub nr. 12223/05.04.2017, formulată de (...), în contradictoriu cu (...), în calitate de entitate contractantă, s-a contestat adresa nr. 702/20.03.2017 reprezentând comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, emisă în cadrul procedurii de atribuire prin „licitație deschisă”, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect „Servicii privind elaborarea documentației de avizare a lucrărilor de intervenții (DALI) și a proiectului de execuție (PT+DDE) și asistență tehnică din partea proiectantului, pentru reabilitarea și defuncționalizarea interioarelor clădirilor A, B și Rotonda de la Aeroportul Internațional (...)” și s-a solicitat:

- anularea adresei nr. 702/20.03.2017 prin care oferta Asocierii Trans proiect 2001 SA - (...)SA a fost declarată inacceptabilă, iar procedura de atribuire a fost anulată;
- anularea deciziei prin care oferta Asocierii (...)SA a fost declarată inacceptabilă, a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestei decizii, precum și a tuturor actelor subsecvente acesteia;
- anularea deciziei de anulare a procedurii de atribuire, a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestei decizii, precum și a tuturor actelor subsecvente acesteia, inclusiv a adresei nr. 868/30.03.2017 de comunicare a răspunsului la Notificarea prealabilă;
- anularea în parte a raportului procedurii de atribuire nr. 49.3/20.03.2017 în ceea ce privește declararea ca inacceptabilă a ofertei Asocierii (...)SA și în ceea ce privește anularea procedurii și a tuturor actelor subsecvente acestuia;
- reluarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertei Asocierii (...)SA de la etapa verificării admisibilității acesteia;
- obligarea entității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

În susținerea contestației sale, (...) arată că, la secțiunea C) din DUAЕ, a precizat: „autoritatea contractantă IGPF a reziliat la data de 15.07.2015 - Acordul de furnizare nr. C01B40/150270C/C1 din

25.06.2015 și Contractul subsecvent nr. 247/25.06.2015, ca urmare a respingerii produselor care au făcut obiectul contractului subsecvent. Rezilierea contractului nu a avut ca efect producerea unui prejudiciu în dauna entității contractante”, precizând totodată că a luat măsuri pentru a demonstra „fiabilitatea” sa și anume: „Societatea a rezolvat defectele produselor livrate, dar autoritatea contractantă a refuzat primirea acestora pe motiv de depășire a termenului de livrare și expirarea duratei contractului. Societatea a formulat plângere împotriva deciziei de reziliere, dar autoritatea contractantă și-a menținut decizia”.

Se mai arată că, prin adresa nr. „626/13.03.2017”, entitatea contractantă a solicitat prezentarea documentului constatator valabil pentru contractul subsecvent nr. 247/25.06.2015 („Contractul subsecvent”) aferent acordului de furnizare nr. C01B40/150270C/C1 din 25.06.2015 („Acordul-cadru”), (...) comunicând, la data de 16.03.2017, Documentul constatator nr. 651507/28.08.2015 emis de (...).

În continuare, contestatoarea arată că, prin adresa nr. 702/20.03.2017, oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, motivat de faptul că „în urma analizării DUAЕ completat de către (...) în calitate de asociat, respectiv a informațiilor prezentate la Partea a III-a «Motive de excludere» Cap. C) din DUAЕ, precum și a informațiilor prezentate în răspunsul la clarificări transmis ca urmare a solicitării de clarificări nr. «627/13.03.2017», comisia de evaluare a constatat că (...) asociat în cadrul Asocierii SC (...)SA și (...), se află sub incidența prevederilor art. 180 alin. (1) lit. g), coroborat cu art. 180 alin. (6) din Legea nr. 99/2016 ca urmare a existenței unor încălcări contractuale care au dus la încetarea anticipată a contractului de furnizare nr. 247/25.06.2015 încheiat între (...) și (...), încălcări determinate de livrarea unor produse cu neconformități. În concluzie, în temeiul art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016, oferta Asocierii SC (...)SA și (...) a fost declarată INACCEPTABILĂ ca urmare a incidenței prevederilor art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, coroborate cu dispozițiile art. 180 alin. (6) din același act juridic. În temeiul prevederilor art. 224 lit. b) coroborat cu art. 225 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale procedura de atribuire a fost finalizată prin anulare, deoarece nu a fost depusă nicio ofertă/solicitare de participare admisibilă”.

Față de această decizie, contestatoarea reține că, în mod greșit entitatea contractantă a respins oferta pe baza unui document constatator, întrucât, atât acordul-cadru cât și contractul subsecvent au fost încheiate, executate și încetate definitiv sub regimul OUG nr. 34/2006 și a HG nr. 925/2006 și consideră că decizia entității contractante este nelegală, Asociatul (...) neîncadrându-se în prevederile art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016 și, prin urmare, decizia de anulare a procedurii de atribuire este nelegală.

În documentul constatator se prevede, în mod expres, că beneficiarul nu a suferit și nici nu ar fi putut suferi vreun prejudiciu, iar o analiză preliminară a documentelor contractuale ar fi arătat că încetarea

Acordului - cadru și a Contractului subsecvent a intervenit în mod abrupt, din cauza imposibilității continuării asigurării finanțării (deși exista posibilitatea executării conforme a contractelor).

Prin urmare, contestatoarea susține că nu sunt îndeplinite condițiile prevăzute de OUG nr. 34/2006 pentru ca un astfel de document constatat să producă vreun efect de excludere a ofertantului.

Prin excluderea sa din procedură, doar pe baza informațiilor furnizate în DUAE și în Documentul constatat și ignorarea mențiunii exprese a lipsei oricărui prejudiciu, aspect reținut chiar de „partea potențial vătămată”, contestatoarea apreciază că entitatea contractantă s-a substituit IGPF și a reconsiderat, în locul acestuia, situația Acordului - cadru și a Contractului subsecvent, modul de îndeplinire a acestora și chiar a existenței unui prejudiciu - conduită contrară oricăror prevederi legale.

Contestatoarea mai arată că atât acordul – cadru, cât și contractul subsecvent, s-au consumat sub imperiul legii vechi, scăpând acțiunii legii noi. În concret, încheierea, executarea și încetarea acordului – cadru și a contractului subsecvent au avut loc în trecut și au produs efectele specifice exclusiv sub imperiul legii aplicabile la momentul la care au avut loc.

În opinia contestatoarei, excluderea sa din procedură s-a făcut cu încălcarea principiului constituțional al neretroactivității legii noi.

Principiul neretroactivității legii noi stabilește, în mod neechivoc, că actele și faptele juridice încheiate ori, după caz, săvârșite sau produse înainte de intrarea în vigoare a legii noi, nu pot genera alte efecte juridice decât cele prevăzute de legea în vigoare la data încheierii sau, după caz, a săvârșirii ori producerii lor - art. 6 alin. (2) Cod civil.

De asemenea, și prevederile art. 253 alin. (4) din Legea nr. 99/2016 stabilesc în mod neechivoc că efectele, executarea și încetarea unor contracte încheiate pe legea veche rămân guvernate de legea veche.

În acest context, contestatoarea susține că, documentul constatat nu poate fi analizat și interpretat conform prevederilor și condițiilor legii noi și să i se dea efectele prevăzute de acestea, pentru că, astfel, situația constatată de acesta ar primi o nouă interpretare ceea ce ar conduce la încălcarea principiilor aplicării legii în timp. Or situația constatată de documentul constatat s-a consumat integral sub imperiul legii vechi și nu ar putea să i se dea o interpretare nouă conform regulilor legii noi.

Pe de altă parte, contestatoarea susține că, deși entitatea contractantă a reținut în mod eronat că terțul ((...)) acordului-cadru și contractului subsecvent ar fi suferit un prejudiciu, însăși partea pretins vătămată menționează expres că nu s-a produs niciun prejudiciu.

Procedând astfel și declarând oferta sa ca inacceptabilă, contestatoarea susține că a fost încălcat principiul constituțional al neretroactivității legii noi, art. 253 alin. (4) din Legea nr. 99/2016, art. 6 din Codul civil, principiul supraviețuirii legii vechi și principiul securității juridice și al așteptărilor legitime.

Concluzionând, contestatoarea apreciază că entitatea contractantă a analizat efectele documentului constatator și ale unor informații privind modul de îndeplinire a unor contracte încheiate sub legea veche, prin prisma acestor noi prevederi legale care nu existau la data emiterii documentului. Mai mult, entitatea contractantă a analizat un act juridic finalizat integral sub imperiul legii vechi - Acordul cadru și Contractul subsecvent și l-a interpretat prin prisma prevederilor legii noi - art. 180 alin. (1) lit. g) coroborat cu art. 180 alin. (6) din Legea nr. 99/2016.

Contestatoarea mai arată că, prin răspunsul la Notificarea prealabilă comunicat prin adresa nr. 868/30.03.2017, în încercarea de a justifica aplicarea prevederilor Legii nr. 99/2016 unui document constatator emis în baza OUG nr. 34/2006, entitatea contractantă precizează că „legea nu face distincție dacă un document constatator a fost emis în baza OUG nr. 34/2006 sau în baza Legii nr. 99/2016, [...]”, ceea ce, în opinia contestatoarei reprezintă confirmarea faptului că, entitatea contractantă a aplicat legea nouă unui document constatator emis în baza unor prevederi legale anterioare, încălcând principiul neretroactivității legii noi și contrar prevederilor legale a acordat unui act emis în baza unei legi vechi efectele prevăzute de o lege nouă ce nu exista la data emiterii actului.

În continuare, contestatoarea apreciază că, entitatea contractantă a încălcat prevederile art. 228 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 99/2016 întrucât, din conținutul adresei nr. 702/20.03.2017, lipsește cu desăvârșire orice explicație privind îndeplinirea cumulativă a tuturor condițiilor stabilite imperativ de art. 180 alin. (1) lit. g) coroborat cu art. 180 alin. (6) - aspect ce trebuia verificat în baza art. 161 alin. (8) din HG nr. 394/2016, susținând totodată că, în măsura în care se apreciază că Acordul cadru, Contractul subsecvent și Documentul constatator ar trebui interpretate conform Legii nr. 99/2016, nu sunt îndeplinite condițiile art. 180 alin. 1) lit. g) din lege pentru a atrage excluderea din procedură.

În considerarea celor motivate în cererea sa, contestatoarea menționează faptul că oferta Asocierii nu putea fi declarată inacceptabilă iar procedura de atribuire nu putea fi anulată în baza art. 225 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016 și solicită admiterea contestației.

În drept, contestatoarea invocă prevederile Legii nr. 101/2016, ale Legii nr. 99/2016, ale HG nr. 394/2016, ale OUG nr. 34/2006, HG nr. 925/2006, Constituția României și Codul civil.

În încheiere, contestatoarea solicită accesul la dosarul achiziției publice, în temeiul dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 12492/06.04.2017, Consiliul, printre altele, a solicitat contestatoarei să comunice, în copie conformă cu originalul, adresa nr. 702/20.03.2017, prin care entitatea contractantă a declarat oferta ca fiind inacceptabilă și prin care a fost informată cu privire la anularea procedurii de atribuire.

Prin adresa nr. 12490/06.04.2017, Consiliul a solicitat entității contractante să transmită documentele necesare soluționării contestației, în conformitate cu dispozițiile art. 18 din Legea nr. 101/2016, inclusiv

oferta depusă de contestatoare, precum și dovada publicării în SEAP a contestației.

Prin adresa nr. 985/11.04.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 13321/11.04.2017, entitatea contractantă a transmis, în original, punctul de vedere referitor la contestația formulată de (...) și în copie certificată pentru legalitate, o parte din dosarul achiziției.

Prin punctul de vedere formulat, entitatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată, pentru motivele expuse în cele ce urmează.

Entitatea contractantă arată că, au fost depuse numai oferte inacceptabile și neconforme, motiv pentru care, în temeiul dispozițiilor art. 225 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016, procedura a fost anulată.

Referitor la motivele de respingere a ofertei (...), entitatea contractantă arată că, în urma analizării informațiilor prezentate în cadrul DUAЕ, respectiv a informațiilor prezentate la Partea a III-a „Motive de excludere”, Cap. C) din DUAЕ precum și a informațiilor prezentate în răspunsul la clarificările solicitate prin adresa nr. 626/13.03.2017, comisia de evaluare a constatat existența unui motiv de excludere, prevăzut la art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, coroborat cu art. 180 alin. (6) din același act normativ, prin adresa nr. 702/20.03.2017 comunicându-i-se Asocierii SC (...)SA - (...) rezultatul procedurii și motivele concrete de respingere a ofertei (...), conform art. 228 din Legea nr. 99/2016.

Din analiza informațiilor prezentate în DUAЕ, precum și a celor din Documentul constatator nr. 651507/28.08.2015 emis de (...), (...), reiese faptul că (...) a livrat, în baza Acordului - cadru de furnizare nr. 247/25.06.2015, o serie de produse care au fost respinse la recepție, motiv pentru care achizitorul, a procedat la rezilierea acordului – cadru și a contractului subsecvent.

De asemenea, din informațiile prezentate în cadrul DUAЕ, Partea a III-a „Motive de excludere”, Cap. C), reiese faptul că respingerea recepției de către (...) s-a datorat unor deficiențe calitative a produselor livrate (fila 14 DUAЕ), deficiențe care au determinat rezilierea contractului subsecvent.

Comisia de evaluare, în mod temeinic și legal, a constatat existența unui motiv de excludere prevăzut de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, coroborat cu art. 180 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016 și a declarat oferta contestatoarei ca inacceptabilă.

Contrar celor susținute de către contestatoarea (...), în opinia entității contractante, verificarea incidenței motivului de excludere, prevăzut de Legea nr. 99/2016, nu se face prin raportare la legislația aplicabilă în momentul atribuirii acordului-cadru reziliat, respectiv la legislația în baza căruia a fost emis documentul constatator, ci se face în baza legislației care reglementează, pe de o parte, acest motiv de excludere, iar pe de altă parte care reglementează procedura în baza

căreia urmează a fi atribuit contractul sectorial, în speță fiind vorba de prevederile Legii nr. 99/2016.

Astfel, aprecierea incidenței motivului de excludere se face prin raportare la prevederile art. 180 din Legea nr. 99/2016 și nu prin raportare la art. 181 lit. c¹) din OUG nr. 34/2016, prevederi care la data organizării procedurii organizate de CNAB nu mai produceau efecte prin abrogarea lor.

În motivarea deciziei de respingere a ofertantului (...) entitatea contractantă invocă, pe de o parte, prevederile art. 57 alin. (4) din Directiva 2014/24/UE conform căroră: *„Autoritățile contractante exclud un operator economic de la participarea la o procedură de achiziții publice:*

(4) Autoritățile contractante pot exclude (...) orice operator economic aflat în oricare din următoarele situații:

(g) dacă operatorul economic a dat dovadă de deficiențe semnificative sau persistente la îndeplinirea unei cerințe de fond prevăzute de un contract de achiziții publice anterior, de un contract anterior încheiat cu o autoritatea contractantă sau de un contract de concesiune anterior care au dus la încetarea anticipată a respectivului contract anterior, daune- interese sau alte sancțiuni comparabile”.

Pe de altă parte, paragraful (101) din Preambulul Directivei 2014/24/UE din 25.02.2014 privind achizițiile publice prevede că: *„Acestea (autoritățile contractante) ar trebui, de asemenea, să fie în măsură să excludă candidații sau ofertanții a căror performanță în alte contracte de achiziții publice din trecut a arătat deficiențe majore în ceea ce privește cerințele de fond, de exemplu, nerespectarea obligației de a furniza sau de a executa, deficiențe semnificative ale produsului sau ale serviciului furnizat, ceea ce le face inutilizabile pentru scopul propus, sau un comportament necorespunzător care aruncă îndoieli serioase cu privire la fiabilitatea operatorului economic”.*

Astfel, prevederile europene au fost transpuse în legislația română prin articolul art. 180 alin. (1) lit. g) coroborat cu dispozițiile art. 180 alin. (6) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, dispozițiile art. 180 alin. (1) fiind imperative.

Entitatea contractantă a considerat că, (...)nu și-a demonstrat credibilitatea prin dovezile prezentate având în vedere că legea nu face distincție dacă un document constatator a fost emis în baza OUG nr. 34/2006 sau în baza Legii nr. 99/2016.

Entitatea contractantă mai arată că, în conformitate cu Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, actul administrativ unilateral, se bucură de prezumția de legalitate, autenticitate și veridicitate, trăsături care constituie fundamentul caracterului executoriu. (...)nu a prezentat o decizie de suspendare a executării certificatului constatator sau anularea acestuia, pe cale de consecință, certificatul constatator își produce efectele, acesta este în vigoare. Atâta timp cât certificatul constatator nu a fost contestat în instanță, nu a fost anulat, iar aplicarea acestuia nu a fost suspendată, se bucură de prezumția de legalitate și trebuie aplicat în

continuare, pentru a da eficiență principiilor legalității și executării din oficiu a actelor administrative, documentul constatator fiind prezumat ca fiind legal.

Contrar celor susținute de (...) în contestație, potrivit cărora documentul constatator nu își produce efecte în baza noii legislații, entitatea contractantă învederează faptul că, (...) declară documentul constatator în DUAE, document ce reprezintă declarație pe propria răspundere cu privire la îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție stabilite în conformitate cu dispozițiile Legii nr. 99/2016.

Entitatea contractantă consideră pe deplin întemeiată decizia de respingere a ofertantului (...) și solicită respingerea contestației ca nefondată.

În drept, entitatea contractantă invocă prevederile art. art. 57 alin. (4) din Directiva 2014/24/UE, paragraful (100) din Preambulul Directivei 2014/24/UE din 25.02.2014, Legea nr. 554/2004 privind contenciosul administrativ, Legea nr. 99/2016, Legea nr. 101/2016 și HG nr. 394/2016.

Ca urmare a studierii dosarului achiziției publice, transmis de entitatea contractantă și pus la dispoziție de către Consiliu la data de 13.04.2017 și în replică la punctul de vedere al entității contractante, prin adresa nr. 593/13.04.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 13921/14.04.2017 și respectiv sub nr. 13956/14.04.2017, contestatoarea a formulat concluzii scrise în care precizează că nu reiterează argumentele prezentate în contestație, ci prezintă o serie de considerente privind aspectele de fond invocate de entitatea contractantă prin punctul de vedere nr. 985/11.04.2017.

Referitor la legislația aplicabilă acordului cadru, contractului subsecvent și documentului constatator, se arată că, potrivit legislației (OUG nr. 34/2006 și HG nr. 925/2006) în baza căruia a fost emis Documentul constatator, acesta nu putea conduce la excluderea ofertantului, deoarece nu erau îndeplinite condițiile impuse de acea legislație pentru ca acest document să producă un astfel de efect.

Având în vedere că, potrivit legilor care le guvernează, aceste acte juridice nu produceau niciun efect de excludere, înseamnă că nici în baza Legii nr. 99/2016, aceste acte juridice nu vor produce efecte diferite. După cum rezultă chiar din Documentul constatator, IGPF a susținut că nu a suferit niciun prejudiciu, astfel încât, nu există niciun temei pentru excluderea Asocierii din procedura de atribuire.

Contestatoarea consideră că, substituindu-se fără drept în poziția contractuală a IGPF, și punând la îndoială veridicitatea unui document public, entitatea contractantă susține că „sunt nefondate susținerile contestatorului cum că nu se poate vorbi de un prejudiciu prin simplul fapt că acest prejudiciu nu a fost calificat ca atare (bifat), din punct de vedere formal, în certificatul constatator¹”, însă nu dezvoltă aceste susțineri privind existența unui prejudiciu și temeiul legal în baza căruia s-ar aprecia existența acestui așa zis prejudiciu.

Pe cale de consecință, contestatoarea susține că, entitatea contractantă a ales să ignore legislația aplicabilă acordului cadru, contractului subsecvent și documentului constatator, și anume OUG nr. 34/2006 și HG nr. 925/2006, efectele date de această legislație situației acordului cadru și documentului constatator și, în contra principiului neretroactivității legii noi și al supraviețuirii legii vechi, aplică acestora efectele legislației ulterioare.

Față de susținerile entității contractante de la pagina 5 a punctului de vedere, referitor la articolul 57 alin. (4) din Directiva 2014/24/UE și la faptul că normele dreptului comunitar se aplică în mod prioritar și „trebuie să prevaleze asupra ansamblului normelor naționale, inclusiv la nivel constituțional, contestatoarea precizează că, Directiva 2014/24/UE reglementează achizițiile publice, în măsura în care entitatea contractantă dorea să invoce caracterul prioritar al prevederilor dreptului european în fața dreptului intern, actul aplicabil în speță ar fi fost Directiva 2014/25/UE care reglementează achizițiile efectuate de entitățile care își desfășoară activitatea în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale, având în vedere că în cazul de față procedura de atribuire privește o achiziție sectorială desfășurată conform prevederilor Legii nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale.

Pe de altă parte, contestatoarea susține că, potrivit unei jurisprudențe constante și notorii a Curții de Justiție a Uniunii Europene, spre deosebire de regulamente, directivele nu au aplicabilitate directă și nici efect direct în dreptul intern. Astfel, nu se poate vorbi de o aplicare prioritară a directivelor în fața dreptului intern. Doar în cazul în care directiva în discuție nu ar fi transpusă în termenul precizat sau nu ar fi transpusă corect (ceea ce nu este cazul în situația dată), s-ar putea ajunge la un efect direct vertical al directivei și aceasta doar atunci când dispozițiile sale sunt necondiționate și suficient de clare.

Pentru considerente mai sus prezentate, contestatoarea apreciază că, susținerile entității contractante referitoare la caracterul prioritar al prevederilor Directivei 2014/24/UE în fața dreptului intern sunt neîntemeiate.

Referitor la modificarea de către entitatea contractantă, în mod substanțial, a motivelor respingerii ofertei asocierii, contestatoarea susține că, atât în adresa nr. 702/20.03.2017 privind comunicarea rezultatului procedurii, cât și în raportul procedurii, entitatea contractantă nu și-a fundamentat decizia de excludere a ofertei asocierii pe existența unor încălcări contractuale grave. De fiecare dată, entitatea a reținut existența „unor încălcări contractuale care au dus la încetarea anticipată a acordului-cadru contractului de furnizare nr. 247/25.06.2015”, cu scopul de a atrage aplicarea art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016.

Contestatoarea susține totodată că, existența unor neconformități nu este suficientă pentru a fi în prezența unor încălcări grave astfel cum impune art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016. Aceasta pentru că art. 180 alin. (6) din Legea nr. 99/2016 stabilește că se consideră

încălcări grave „livrarea unor produse sau servicii care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației avute în vedere de autoritatea contractantă”, ori, în cazul de față, autoritatea reține doar că (...)a livrat produse cu neconformități și nu cu neconformități majore care să le facă improprii utilizării.

Pe de altă parte, contestatoarea arată că, nici în Documentul constatator nu se precizează un asemenea aspect, IGPF menționând doar că există „abateri de la calitatea produselor/serviciilor/lucrărilor contractate: A fost întocmit Procesul verbal de respingere a recepției cantitativă și calitativă nr. 650274 din 30.06.2015”. De altfel, nici chiar Procesul verbal de respingere a recepției cantitativă și calitativă nr. 650274/30.06.20157 nu menționează că ar fi vorba de neconformități majore, ci precizează: „Comisia de recepție (...) a constatat (...) neconformitatea produsului VDF 300- HDM și ale echipamentelor componente ale produselor /.../, Neconformitățile sus menționate sunt prevăzute în Anexa nr. 1”.

Contestatoarea învederează faptul că, deși entitatea contractantă, în răspunsul la notificarea prealabilă, cât și în punctul de vedere, susține că documentul constatator este un act administrativ, iar conform Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004 acesta „se bucură de prezumția de legalitate, autenticitate și veridicitate, trăsături care constituie fundamentul caracterului executoriu”, aceasta pune la îndoială veridicitatea documentului constatator și prezumă că acesta nu ar fi conform cu adevărul și că ar conține anumite inadvertențe în privința existenței unui prejudiciu. Prezumția de legalitate și veridicitate înseamnă că actul administrativ în cauză este emis în conformitate cu legea și este conform cu adevărul.

Având în vedere considerentele prezentate, pentru care oferta asocierii nu putea fi declarată inacceptabilă, contestatoarea susține că procedura de atribuire nu putea fi anulată în baza art. 225 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016 și reiterează cererile din cuprinsul contestației.

Prin adresa nr. 13998/(...) (...) /14.04.2017, Consiliul a solicitat entității contractante eventuale susțineri cu privire la concluziile scrise formulate de contestatoare, având în vedere că la dosarul cauzei există înscrisuri din care rezultă comunicarea acestora, pe fax, de către contestatoare, la data de 13.04.2017.

Entitatea contractantă a răspuns solicitării prin adresa nr. „DA NR. 1033/19.04.2017” solicitând respingerea contestației ca nefondată și a cheltuielilor de judecată ocazionate de prezenta cauză, ca neîntemeiate.

Entitatea contractantă reiterează faptul că, Asocierea SC (...)SA - (...) nu și-a demonstrat credibilitatea prin măsurile prezentate, respectiv: contestatoarea nu se află în posesia unei hotărâri judecătorești definitive care să fi anulat documentul constatator nr. 651507 din 28.08.2015, emis de către autoritatea contractanta IGPF sau care să fi suspendat efectele acestuia, conform Legii nr. 554/2004. Documentul constatator nr. 651507

din 28.08.2015 este un act administrativ, a intrat in circuitul civil și produce efecte juridice.

De asemenea, față de susținerile contestatoarei cu privire la aplicarea Directivei 2014/24/UE precizate în concluziile scrise, entitatea contractantă susține că, se află sub incidența art. 21 alin. (3) din Legea 101/2016. De asemenea, prin depunerea ofertei în cadrul procedurii de atribuire în cauză, contestatoarea și-a însușit fără rezerve conținutul obligatoriu și definitiv al documentației de atribuire, inclusiv DUAЕ, iar dacă avea vreo neclaritate cu privire la Directiva menționată în DUAЕ trebuia să o formuleze în termenul legal, „până la data deschiderii procedurii”, astfel că, este tardiv formulată observația cu privire la aplicarea Directivei 2014/24/UE din documentația de atribuire.

În consecință, entitatea contractantă consideră că a decis în mod corect, în temeiul art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016, că oferta Asocierii SC (...)SA și (...) este inacceptabilă, ca urmare a incidenței prevederilor art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea 99/2016, coroborat cu dispozițiile art. 180 alin. (6) din același act normativ. În temeiul prevederilor art. 224 lit. b), coroborat cu art. 225 alin.(1) lit. a) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, procedura de atribuire a fost anulată.

Prin adresele nr. 15691/(...) (...) /26.04.2017 și nr. 15691A/(...) (...) /26.04.2017, Consiliul a solicitat contestatoarei să remită Consiliului, în copie certificată pentru conformitate cu originalul „Contractul de furnizare subsecvent nr. 1 la acordul cadru nr. 247 din 25.06.2015 nr. 248 data de 25.06.2015” - integral, întrucât la dosarul cauzei se regăsesc doar paginile 1-5 și 14 și „Anexa nr. 1 a Procesului verbal nr. 650274 din 30.06.2015, înregistrată sub nr. 301782/30.06.2015, ce conține 7 file, despre care se face vorbire în Anexa nr. 7 la contestație, reprezentând adresa cu număr indescifrabil din data de 13.07.2015, emisă de către MAI-IGPF Logistică și comunicată, prin fax, către (...) în data de 15.07.2017”, precum și eventuale susțineri cu privire la concluziile scrise formulate de entitatea contractantă, având în vedere că la dosarul cauzei există înscrisuri din care rezultă comunicarea acestora, pe fax, de către entitatea contractantă, la data de 19.04.2017.

Contestatoarea a comunicat prin mijloace electronice adresa nr. 653/27.04.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 15966/27.04.2017, având atașat documentele solicitate.

Cu privire la concluziile scrise formulate de entitatea contractantă, contestatoarea precizează că „nu vom depune alte susțineri, menținându-ne în integralitate cele susținute prin contestație și prin Concluziile scrise depuse la dosar”.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

(...) în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura de atribuire prin „licitație deschisă”, online, fără etapă finală de llicitație electronică, a contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect

„Servicii privind elaborarea documentației de avizare a lucrărilor de intervenții (DALI) și a proiectului de execuție (PT+DDE) și asistență tehnică din partea proiectantului, pentru reabilitarea și refuncționalizarea interioarelor clădirilor A, B și Rotonda de la Aeroportul Internațional (...)", coduri CPV 79314000-8 (Rev. 2), 71220000-6 (Rev. 2) și 71321000-4 (Rev. 2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare (sectoriale) nr. (...)/18.01.2017, stabilind „termenul limită pentru primirea ofertelor sau a cererilor de participare”, la 23.02.2017 ora 16:00, criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț” și o valoare estimată de 424.835 RON fără TVA.

La procedura de atribuire în cauză, au fost depuse 2 oferte de către asocieria SC (...)SA – (...) și SC (...)IMPEX SRL, așa cum rezultă din Procesul-verbal intermediar de evaluare nr. 1, înregistrat sub nr. 49.1/10.03.2017.

Prin Raportul procedurii nr. 49.3/20.03.2017, membrii Comisiei de evaluare au declarat ambele oferte ca fiind inacceptabile, iar în temeiul prevederilor art. 224 lit. b), coroborat cu art. 225 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016 procedura de atribuire a fost anulată.

Prin adresele nr. 702 și 703/20.03.2017, entitatea contractantă a comunicat celor doi ofertanți rezultatul procedurii de atribuire.

La data de 27.03.2017, în temeiul dispozițiilor art. 6 din Legea nr. 101/2016, (...) a transmis entității contractante, notificarea prealabilă nr. 27.03.2017 prin care a solicitat:

- revocarea adresei nr. 702/20.03.2017 emisă de Entitatea contractantă prin care oferta Asocierii (...)SA a fost declarată inacceptabilă, iar procedura de atribuire a fost anulată;

- revocarea deciziei Entității contractante prin care oferta Asocierii (...)SA a fost declarată inacceptabilă, a tuturor actelor Entității care au stat la baza emiterii acestei decizii, precum și a tuturor actelor subsecvente acesteia;

- revocarea deciziei Entității contractante de anulare a procedurii de atribuire, a tuturor actelor Entității care au stat la baza emiterii acestei decizii, precum și a tuturor actelor subsecvente acesteia;

- revocarea, în parte, a raportului procedurii de atribuire nr. 49.3/20.03.2017 în ceea ce privește declararea ca inacceptabilă a ofertei Asocierii (...)SA și în ceea ce privește anularea procedurii și a tuturor actelor subsecvente acestuia;

- reluarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertei Asocierii (...)SA de la etapa verificării admisibilității acesteia.

Prin adresa nr. 868/30.03.2017, entitatea contractantă a răspuns la notificarea prealabilă transmisă de (...) precizând că nu adoptă măsuri de remediere întrucât a respectat legislația privind achizițiile sectoriale, menținând ca valabile toate actele emise de către aceasta.

Fiind nemulțumită de răspunsul primit, la data de 04.04.2017, (...) a transmis Consiliului prin mijloace electronice (e-mail) contestația nr.

520/04.04.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 12127/05.04.2017, care formează obiectul prezentului dosar solicitând:

- Anularea adresei nr. 702/20.03.2017 emisă de entitatea contractantă prin care oferta Asocierii (...)SA a fost declarată inacceptabilă, iar procedura de atribuire a fost anulată;

- Anularea deciziei entității contractante prin care oferta Asocierii (...)SA a fost declarată inacceptabilă, a tuturor actelor entității care au stat la baza emiterii acestei decizii, precum și a tuturor actelor subsecvente acesteia;

- Anularea deciziei entității contractante de anulare a procedurii de atribuire, a tuturor actelor entității care au stat la baza emiterii acestei decizii, precum și a tuturor actelor subsecvente acesteia, inclusiv a adresei nr. 868/30.03.2017 prin care entitatea contractantă a comunicat Răspunsul la Notificarea prealabilă;

- Anularea, în parte, a raportului procedurii de atribuire nr. 49.3/20.03.2017 în ceea ce privește declararea ca inacceptabilă a ofertei Asocierii (...)SA și în ceea ce privește anularea procedurii și a tuturor actelor subsecvente acestuia;

- Reluarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertei Asocierii (...)SA de la etapa verificării admisibilității acesteia;

- Obligarea entității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

Verificând documentele aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține că prin adresa nr. 702/20.03.2017, entitatea contractantă a comunicat contestatoarei următoarele:

„În urma analizării DUAE completat de către (...) în calitate de asociat, respectiv a informațiilor prezentate la Partea a III-a «Motive de excludere», Cap. «C» din DUAE, precum și a informațiilor prezentate în răspunsul la clarificări transmise ca urmare a solicitării de clarificări nr. 627/13.03.2017, comisia de evaluare a constatat că (...) asociat în cadrul Asocierii SC (...)SA și (...), se află sub incidența prevederilor art. 180 alin. (1), lit. g), coroborat cu art. 180 alin. (6) din Legea 99/2016, ca urmare a existenței unor încălcări contractuale care au dus la încetarea anticipată a contractul de furnizare nr. 247/25.06.2015 încheiat între (...) și (...), încălcări determinate de livrarea unor produse cu neconformități.

În concluzie, în temeiul art. 143 alin. (2) lit. b) din HG 394/2016, oferta Asocierii SC (...)SA și (...) a fost declarată INACCEPTABILĂ ca urmare a incidenței prevederilor art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea 99/2016, coroborat cu dispozițiile art. 180 alin. (6) din același act juridic.

În temeiul prevederilor art. 224 lit. b), coroborat cu art. 225 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale procedura de atribuire a fost finalizată prin anulare, deoarece nu a fost depusă nicio ofertă/solicitare de participare admisibilă”.

Analizând actul atacat, prin raportare la prevederile legale aplicabile, Consiliul va respinge ca nefondată critica autoarei contestației referitoare la încălcarea prevederilor art. 228 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 99/2016,

întrucât adresa nr. 702/20.03.2017 conține motivele concrete care au stat la baza deciziei entității contractante de a respinge oferta contestatoarei.

Verificând prevederile documentației de atribuire, Consiliul reține că în Fișa de date a achiziției, la punctul III.2.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului, autoritatea contractantă a menționat următoarea cerință nr. 1: „Ofertanții, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 177, art. 178, art.180 din Legea nr. 99/2016.

Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței: se va completa DUAE de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile aferente situației lor.

(...)

Documentele care atestă neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 177, 178 și 180 din Legea nr. 99/2016 sunt:

I. Pentru persoanele juridice române:

1. Declarație privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 177, 178 și 180 din Legea nr. 99/2016 – se va completa Formularul H1 din fișierul «MODELE DE FORMULARE» (...).”

Cu privire la unicul motiv de respingere a ofertei contestatoarei, Consiliul constată că asocierea contestatoare **nu a depus Formularul H1** inclus în secțiunea „Modele de formulare” și la care se face referire în fișa de date a achiziției [punctul III.2.1.a), cerința nr. 1] iar în cadrul Documentului European de Achiziție Unic (DEAU) completat de ofertantul asociat (...), Partea a III-a, punctul C), se regăsesc următoarele mențiuni:

„Încetarea anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile

Operatorul economic s-a aflat într-o situație în care un contract de achiziții publice anterior, un contract anterior încheiat cu o entitate contractantă sau un contract de concesiune anterior a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni comparabile în legătură cu respectivul contract anterior?

Răspunsul dumneavoastră:

- Da
- Nu

Vă rugăm să le descrieți:

Autoritatea contractantă IGPF a reziliat la data de 15.07.2015 - Acordul de furnizare nr. C01B40/150270C/C1 din 25.06.2016 și Contract subsecvent nr. 247/25.06.2015, ca urmare a respingerii produselor care au făcut obiectul contractului subsecvent. Rezilierea contractului nu a avut ca efect producerea unui prejudiciu în dauna autorității contractante.

Ați luat măsuri pentru a demonstra fiabilitatea dumneavoastră («autocorectare»).

- Da
- Nu”.

Verificând lucrările membrilor Comisiei de evaluare, Consiliul reține că prin adresa nr. 626/13.03.2017, i s-a solicitat asocierii SC (...)SA – (...), clarificarea, printre altele, și a următorului aspect:

„Față de cele declarate în DUAЕ, privind încadrarea în situațiile menționate la Secțiunea C. Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale «Încetarea anticipată, daune interese sau alte sancțiuni comparabile», având în vedere prevederile art. 180 lit. g) din Legea nr. 99/2016, vă solicităm prezentarea documentului constatator valabil pentru contractul subsecvent nr. 247/25.06.2015 aferent contractului de furnizare C01B40/150270C/C1 din 25.06.2015”.

Asocierea SC (...)SA – (...) a răspuns solicitării entității contractante la data de 16.03.2017, transmițând Documentul constatator nr. 651507/28.08.2015 emis de (...) – (...) în cuprinsul căruia se regăsesc următoarele mențiuni:

„5. Numărul, data și obiectul contractului: Acord-cadru de furnizare nr. 247 din 25.06.2015 privind achiziția publică «RO-EBF/2013/P2/A5/04» - Achiziționarea de comparatoare video spectrale destinate detectării, cercetări criminalistice și probării falsurilor în documente de călătorie și vize.

(...)

8. Contractul a fost îndeplinit în mod corespunzător

° Da

• Nu

Dacă NU,

Motivație/motivații:

a) Abateri de la calitatea produselor/serviciilor/lucrărilor contractate: **A fost întocmit Procesul verbal de respingere a recepției cantitativă și calitativă nr. 650274 din 30.06.2015**

b) nerespectarea termenelor contractuale de livrare produse/prestare servicii/executare lucrări, din culpă: **NU ESTE CAZUL**

c) abateri de la respectarea normelor de securitate și sănătatea muncii, PSI, legislația de protecția mediului: **NU ESTE CAZUL**

d) altele: **Autoritatea contractantă (....) a executat, conform prevederilor contractului, Scrisoarea de garanție bancară de bună execuție nr. OPSBB061/15LGE-CD din 20.06.2015 emisă de OTP BANK ROMÂNIA SA, Sucursala Municipiului București, B-dul. Unirii nr. 59, sector 3, București în valoare de 11.154,00 EURO**

e) eventualele litigii și modul lor de soluționare: **NU ESTE CAZUL**

f) rezilierea contractului: • Da ° Nu

9. Prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului (dacă este posibil cuantificarea valorică a acestora): NU ESTE CAZUL

Prezentul document constatator s-a emis în 4 (patru) exemplare în conformitate cu prevederile art. 97¹ din HG nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică, cu completările și modificările ulterioare”.

La dosar, autoarea contestației a mai depus următoarele documente relevante în cauză:

- „Contractul de furnizare subsecvent nr. 1 la acordul-cadru nr. 247 din 25.06.2015, nr. 248 data 25.06.2015”, încheiat între (...) și (...), la data de 25.06.2015, în cuprinsul căruia la art. **8.1.** sunt menționate următoarele: *„Durata prezentului contract subsecvent este de la data semnării de către ultima parte, până la data de 30.06.2015, întrucât fondurile alocate pentru această destinație au termen de eligibilitate data de 30.06.2015”;*

- „Acordul-cadru de furnizare nr. S01B40/150270C/C (nr. autoritate contractantă 247/25.06.2015” încheiat între (...) și (...), la data de 25.06.2015;

- Adresa cu număr de înregistrare indescifrabil din data de 13.07.2015, transmisă de (...) către (...) prin care i-a fost transmis Procesul-verbal de Respingere a recepției cantitative și calitative a comparatoarelor video spectrale nr. 650274 din 30.06.2015, precum și ANEXA nr. 1 (nr. 301782 din 30.06.2015) la procesul verbal nr. 650274 din 30.06.2015. În cadrul acestei adrese se mai regăsesc următoarele mențiuni: *„Având în vedere faptul că la data de 30.06.2015 Comisia de recepție a I.G.P.F. a respins recepția produselor ce au făcut obiectul contractului de referință, pentru motivele menționate în Procesul-verbal de respingere a recepției cantitative și calitative nr. 650274 din 30.06.2015 și în Anexa nr. 1 (301782 din 30.06.2015) la acesta, vă notifică despre faptul că (...) a constatat rezilierea de drept a contractului subsecvent nr. 1 (nr. 248 din 25.06.2015) la Acordul-cadru nr. 247 din 25.06.2015, în conformitate cu art. 27.1 din contractul subsecvent, coroborat cu art. 26 și cu art. 8.1. din contractul subsecvent, precum și rezilierea Acordului cadru nr. 247 din 25.06.2015, în conformitate cu prevederile art. 10.2 din acordul-cadru.*

De asemenea, vă notificăm cu privire la pretențiile Inspectoratului General al Poliției de Frontieră de a executa Scrisoarea de garanție de bună execuție, constituită de Dumneavoastră, cu nr. OPSBB061/15LGE-CD, emisă de OTP Bank România SA”;

- Procesul-verbal de Respingere a recepției cantitative și calitative a comparatoarelor video spectrale ce au făcut obiectul Contractului subsecvent nr. 1 (nr. 248 din 25.06.2015) la Acordul-cadru nr. 247 din 25.06.2015, document înregistrat sub nr. 650274 din 30.06.2015, în cuprinsul căruia se regăsesc următoarele mențiuni:

„Comisia de recepție a Inspectoratului General al Poliției de Frontieră, desemnată prin Nota Raport nr. 650208 din data de 30.06.2015, cu ocazia testelor funcționale pentru verificarea produselor și ale echipamentelor componente, a constatat, în prezența reprezentanților împuterniciți ai (...), neconformitatea produsului VDF 300-HDM și a echipamentelor componente ale produselor, cu cerințele Caietului de Sarcini și cu Oferta Tehnică, anexe la Contract.

Neconformitățile sus menționate sunt prevăzute în Anexa nr. 1 la prezentul proces verbal și constau în următoarele: (...)

În concluzie, Comisia de Recepție a I.G.P.F. hotărăște respingerea recepției produselor ce au făcut obiectul contractului sus menționat”;

- Anexa nr. 1 la Procesul-verbal nr. 650274 din 30.06.2015, document înregistrat sub nr. 301782 din 30.06.2015 – „Grila de recepție, inclusiv Teste funcționale pentru verificarea conformității produselor furnizate de către (...) – Proiect RO EBF/2013/P2/A5/04; Acordul cadru de furnizare nr. 247/25.06.2015; Contractul subsecvent nr. 248/25.06.2015”, din care rezultă motivele de neconformitate care au condus la respingerea produselor care au făcut obiectul contractului în discuție;

- Plângerea prealabilă nr. 719/26.08.2015 adresată Inspectoratului General al Poliției de Frontieră prin care i-a solicitat acestuia dispunerea următoarelor măsuri:

„1. Anularea adresei din 13.07.2015, prin care s-a dispus rezilierea acordului-cadru și a contractului subsecvent;

2. Constatarea îndeplinirii obligațiilor contractuale de către (...) și executarea contractului;

3. Anularea adresei nr. 46444/22.07.2015, prin care s-a solicitat executarea garanției de bună execuție;

4. Restituirea sumei de 11.154 euro, reprezentând contravaloarea garanției de bună execuție”, aceasta nefiind urmată de formularea unei acțiuni în justiție.

Analizând toate documentele aflate la dispoziția sa, Consiliul apreciază ca fiind legală decizia entității contractante de a respinge oferta contestatoarei în temeiul dispozițiilor art. 143 alin. (2) lit. b) din HG 394/2016, întrucât oferta Asocierii SC (...)SA și (...) „a fost declarată INACCEPTABILĂ ca urmare a incidenței prevederilor art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea 99/2016, coroborat cu dispozițiile art. 180 alin. (6) din același act juridic”.

În ceea ce privește susținerea contestatoarei referitoare la faptul că prin răspunsul la notificarea prealabilă entitatea contractantă și-a modificat „substanțial” motivele respingerii ofertei, întrucât în cadrul actului atacat, respectiv adresa nr. 702/20.03.2017, entitatea contractantă a constatat existența „unor încălcări contractuale care au dus la încetarea anticipată a contractul de furnizare nr. 247/25.06.2015”, iar în răspunsul la notificarea prealabilă „a constatat că asupra ofertei (...)sunt incidente prevederile art. 180 alin. (1) lit. g) (...) ca urmare a existenței unor încălcări grave ale obligațiilor ce derivă dintr-un contract de achiziție publică”, Consiliul o apreciază ca fiind nefondată deoarece în răspunsul la notificarea prealabilă entitatea contractantă a dezvoltat argumentele sale care au condus la respingerea ofertei contestatoarei, legislația în vigoare, în cadrul art. 180 alin. (6) din Legea nr. 99/2016 prezentând cu titlu exemplificativ „încălcări grave ale obligațiilor contractuale” în sensul dispozițiilor art. 180 alin. (1) lit. g) din același act

normativ. Astfel, de vreme ce în cadrul adresei nr. 702/20.03.2017, entitatea contractantă a menționat că „(...) asociat în cadrul Asocierii SC (...) SA și (...), se află sub incidența prevederilor art. 180 alin. (1), lit. g), coroborat cu art. **180 alin. (6) din Legea 99/2016** (...)”, rezultă, în mod clar, faptul că încălcările obligațiilor contractuale constatate de către membrii Comisiei de evaluare nu puteau fi decât grave.

În acest context, Consiliul reține următoarele dispoziții din Legea nr. 99/2016, incidente în cauză:

„Art. 180 alin. (1): *„Entitatea 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;

(...)

(6) În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. g), se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea obligațiilor privind livrarea produselor sau serviciilor, ori neexecutarea lucrărilor, livrarea unor produse sau servicii care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației avute în vedere de entitatea contractantă, ori executarea unor lucrări care nu respectă cerințele caietului de sarcini, sau un comportament necorespunzător care creează îndoieli serioase cu privire la credibilitatea operatorului economic”.

În ceea ce privește critica autoarei contestației referitoare la faptul că „Entitatea contractantă nu a manifestat un rol activ pentru a clarifica aspecte privind încetarea Acordului-cadru și Contractul subsecvent, referitor la lipsa finanțării care ar fi putut totuși să asigure continuarea contractelor în condițiile intenției neechivoce a (...) de a-și îndeplini corespunzător obligațiile contractuale”, Consiliul o apreciază ca fiind nerelevantă, întrucât din documentele aflate la dosar rezultă că lipsa finanțării după data de 30.06.2015 a fost cunoscută de către (...), încă de la data încheierii contractului (a se vedea art. 8.1 din contract, text reprodus la pag. 5 a prezentei decizii) astfel încât nu se poate imputa I.G.P.F. neprelungirea contractului după aceasta dată, respectiv neidentificarea altor fonduri pentru ca autoarea contestației să-și poată îndeplini corespunzător obligațiile contractuale, după data de 30.06.2015.

Față de această situație, Consiliul apreciază că lămurirea aspectului privind circumstanțele care au dus la încetarea contractului nu ar fi avut nicio influență asupra deciziei comisiei de evaluare.

Referitor la susținerea contestației cu privire la faptul că entitatea contractantă a ignorat mențiunea din cadrul documentului constatator

referitoare la lipsa prejudiciului, Consiliul o apreciază de asemenea, ca nefondată pentru următoarele motive:

Chiar dacă în cuprinsul acestui document se menționează la punctul 9 următoarele: *„Prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului (dacă este posibil cuantificarea valorică a acestora): NU ESTE CAZUL”*, la punctul 8 lit. d) din același înscris se precizează și faptul că: *„Autoritatea contractantă (I.G.P.F.) a executat, conform prevederilor contractului, Scrisoarea de garanție bancară de bună execuție nr. OPSBB061/15LGE-CD din 20.06.2015 emisă de OTP BANK ROMÂNIA SA, Sucursala Municipiului București, B-dul. Unirii nr. 59, sector 3, București în valoare de 11.154,00 EURO”*.

În aceste condiții, Consiliul apreciază că nu poate fi vorba despre o lipsă a prejudiciului date fiind următoarele dispoziții contractuale care se regăsesc în cadrul *„Contractul de furnizare subsecvent nr. 1 la acordul-cadru nr. 247 din 25.06.2015, nr. 248 data 25.06.2015”, încheiat între (...) și (...), la data de 25.06.2015”, și anume:*

- *„Art. 19.1. - Furnizorul se obligă să constituie garanția de bună execuție a contractului subsecvent, în maxim 5 (cinci) zile de la semnarea contractului subsecvent, în procent de 10% din valoarea acestuia, fără TVA, respectiv în cuantum de 11.154,00 Euro, cu valabilitate de 59 zile peste termenul estimat pentru recepția cantitativă și calitativă a produselor și serviciilor aferente, care fac obiectul contractului (45 zile prevăzute pentru efectuarea plății de către Achizitor și 14 zile conform art. 92 alin. (1) din H.G. 925 / 2006).*

19.2. Achizitorul se obligă să elibereze garanția pentru participare numai după ce Furnizorul a făcut dovada constituirii garanției de bună execuție.

19.3. Achizitorul are dreptul de a emite pretenții asupra garanției de bună execuție, în limita prejudiciului creat, dacă Furnizorul nu își execută, execută cu întârziere sau execută necorespunzător oricare din obligațiile asumate prin prezentul Contract; anterior emiterii unei pretenții asupra garanției de bună execuție, Achizitorul are obligația de a notifica acest lucru Furnizorului, precizând totodată obligațiile care nu au fost respectate.

19.4. Achizitorul are obligația de a elibera / restitui garanția de bună execuție în cel mult 14 zile de la plata facturii finale, dacă nu a ridicat până la acea dată pretenții asupra ei.

19.5. Garanția produselor este distinctă de garanția de bună execuție a contractului.

19.6. Garanția de bună execuție se va constitui conform legislației în vigoare și va avea forma stabilită în Documentația de atribuire.

(...)”;

- *„Art. 26. 1 - O Parte încalcă Contractul subsecvent dacă nu își îndeplinește, în tot sau în parte, oricare dintre obligațiile asumate prin Contract.*

26.1 În cazul în care se produce o încălcare a Contractului subsecvent, partea prejudiciată va fi îndreptăţită la următoarele remedii:

- a) daune interese; şi/sau
- b) rezilierea/rezoluţiunea Contractului subsecvent.

26.2 Suplimentar faţă de măsurile menţionate mai sus, se pot acorda şi remedii pecuniare; acestea pot consta în penalităţi stabilite conform articolului 14.1 - 14.4.

26.4 **Recuperarea daunelor interese şi a remediilor pecuniare**, precum şi a cheltuielilor rezultând din aplicarea măsurilor prevăzute în prezentul Articol se va face prin reţinerea din sumele datorate Furnizorului, din depozit, din **executarea garanţiilor** sau prin orice mijloc prevăzut de lege”.

- „27.1. Achizitorul are dreptul de a considera Contractul subsecvent ca fiind reziliat/rezolvit de plin drept, fără altă formalitate, fără punerea în întârziere şi fără a fi necesară intervenţia vreunei instanţe sau autorităţi, în oricare din următoarele situaţii, precum şi în orice alt caz prevăzut de prezentul Contract subsecvent:

a) Furnizorul încalcă prevederile Contractului subsecvent potrivit prevederilor articolului 26;

b) Furnizorul nu reuşeşte să îndeplinească în termenul prevăzut în Caietul de Sarcini cerinţele Achizitorului care solicită luarea de măsuri pentru a remedia orice deficienţă în îndeplinirea condiţiilor contractuale; (...)

27.2. Rezilierea/rezoluţiunea Contractului subsecvent de către Achizitor, astfel cum a fost reglementată în prezentul Articol, este un drept şi în nici un caz nu va fi considerată drept o obligaţie a Achizitorului, care poate oricând opta pentru continuarea executării Contractului de către Furnizor.

27.3. Rezilierea/rezoluţiunea nu va afecta orice alte drepturi dobândite de către Achizitor şi de către Furnizor în baza Contractului subsecvent, anterioare momentului în care a intervenit rezoluţiunea/rezilierea; Achizitorul poate, ulterior, să încheie orice alt contract cu un terţ, pe seama Furnizorului; răspunderea Furnizorului pentru întârziere în executare va înceta imediat ca urmare a rezilierii/rezoluţiunii, fără a afecta nici o responsabilitate care s-a născut sub imperiul contractului.

27.4. În ipoteza în care se produce oricare din situaţiile care determină rezilierea/rezoluţiunea, stipulate în articolul 27.1, Achizitorul va notifica în scris Furnizorului opţiunea de a rezilia/rezolvi Contractul subsecvent, cu instrucţiuni de a lua măsuri imediate pentru încheierea activităţilor de implementare a produselor furnizate într-o manieră promptă şi ordonată şi de a reduce la minim cheltuielile.

27.5. În situaţia rezilierii rezoluţiunii, Achizitorul, de îndată şi în prezenţa Furnizorului sau a reprezentanţilor săi sau după înştiinţarea corespunzătoare a acestora, va redacta un raport asupra produselor livrate şi serviciilor realizate şi va întocmi un inventar al materialelor livrate şi nefolosite; de asemenea, se va redacta o declaraţie cu privire la sumele de bani datorate Furnizorului şi la sumele de bani datorate de Furnizor Achizitorului la data rezilierii/rezoluţiunii Contractului.

27.6. Achizitorul nu va fi obligat să mai facă plăți Furnizorului până la finalizarea livrărilor, urmând ca Achizitorul să fie îndreptățit să recupereze de la Furnizor costurile suplimentare, dacă este cazul, pentru livrarea produselor sau va plăti orice sumă datorată Furnizorului anterior rezilierii/rezoluțiunii Contractului.

27.7. În situația rezilierii/rezoluțiunii Contractului, Achizitorul va fi îndreptățit să recupereze de la Furnizor orice prejudicii sau pierderi suferite în baza Contractului, dovedite ca fiind din culpa Furnizorului”.

În consecință, în speță se constată că în realitate (...) a produs un prejudiciu (...) pentru că altfel această autoritatea contractantă nu ar fi putut executa Scrisoarea de garanție bancară de bună execuție nr. OPSBB061/15LGE-CD din 20.06.2015 emisă de OTP BANK ROMÂNIA SA, Sucursala Municipiului București, astfel încât Consiliul nu poate reține susținerile contestatoarei referitoare la faptul că:

- „în urma unei analize sumare a documentelor contractuale, s-ar fi putut remarca faptul că modul de executare a contractului a fost afectat de faptul că IGPF nu a mai putut asigura finanțarea contractului și a luat măsura abruptă a încetării acestuia fără a acorda (...) dreptul de a-și îndeplini obligațiile contractuale în mod corespunzător”;

- „Astfel, având în vedere că Documentul constatatator prevede în mod expres că beneficiarul nu a suferit și nici nu ar fi putut suferi vreun prejudiciu, iar o analiză preliminară a documentelor contractuale ar fi arătat cu ușurință că încetarea Acordului cadru și a Contractului subsecvent a intervenit în mod abrupt din cauza imposibilității continuării asigurării finanțării (deși exista posibilitatea executării conforme a contractelor prin identificarea altor surse de finanțare de către IGPF)”.

Analizând conținutul Documentului constatatator nr. 651507/28.08.2015 emis de (...) – (...), precum și toate documentele aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată că, în baza acestuia autoritatea contractantă avea obligația de a face aplicabilitatea dispozițiilor art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016.

Astfel, se constată că (...) nu și-a executat obligațiile privind livrarea către (...) a unor produse care să respecte prevederile Caietului de sarcini, fapt care a condus la nerealizarea respectivului contract și reținerea garanției de bună execuție.

De vreme ce IGPF a hotărât respingerea recepției produselor ce au făcut obiectul contractului, rezultă în mod clar asimilarea situației cu cele stipulate de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, și anume: **„În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. g), se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea obligațiilor privind livrarea produselor sau serviciilor, ori neexecutarea lucrărilor, livrarea unor produse sau servicii care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației avute în vedere de entitatea contractantă, ori executarea unor lucrări care nu respectă cerințele caietului de sarcini, sau un comportament**

necorespunzător care creează îndoieli serioase cu privire la credibilitatea operatorului economic”.

În acest context, Consiliul reține că autoarea contestației nu a înțeles să atace în contencios administrativ acest act, astfel încât acesta produce efecte nefiind anulat sau efectele acestuia suspendate.

Documentele constatatoare sunt considerate acte administrative ce prezintă o situație de fapt, rolul lor fiind acela de a oferi informații cu privire la capacitatea unui ofertant de a-și îndeplini în mod corespunzător obligațiile contractuale, fără a aduce prejudicii autorității contractante.

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

Din documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată că, deși solicitarea de clarificări a autorității contractante a fost clară în sensul intenției acesteia de a face aplicabilitatea dispozițiilor art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, prin răspunsul transmis autorității contractante contestatoarea nu a înțeles să depună toate diligențele în vederea demonstrării prin mijloacele de probă prevăzute de legiuitor la art. 181 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 (*„certificate, caziere judiciare sau alte documente echivalente emise de autorități competente”*) a faptului că nu se află în situația de excludere prevăzută de art. 180 alin. (1) lit. g) din același act normativ, nedovedindu-și credibilitatea deși, potrivit art. 249 din Codul de procedură civilă, îi revenea această obligație (*„Cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”*).

Sușinerile contestatoarei referitoare la faptul că prezenta comunicare a rezultatului procedurii a fost emisă cu încălcarea principiului neretroactivității legii civile iar analiza documentul constatator ar fi trebuit să se facă în baza legii în vigoare la data emiterii acestuia, nu pot fi reținute de Consiliu, pe de o parte, având în vedere faptul că prezenta procedură de atribuire se desfășoară în temeiul Legii nr. 99/2016, act normativ care a abrogat prevederile cap. VIII din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 (art. 255), astfel că autoritatea contractantă este obligată să respecte prevederile acesteia, inclusiv cele referitoare la aplicarea motivelor de excludere, respectiv art. 180 alin. (1) lit. g), iar pe de altă parte, având în vedere faptul că documentele constatatoare în cauză nu au fost anulate, **nici prin prevederile legale noi, nici prin hotărârea vreunei instanțe.**

Față de cele menționate anterior, Consiliul constată că documentul constatator în discuție produce efecte la data emiterii prezentei decizii, deoarece este act administrativ cu caracter executoriu, nefiind suspendat de instanța de contencios, motiv pentru care nu se poate reține susținerea contestatoarei referitoare la faptul că Legea nr. 99/2016 nu se poate aplica unor documente constatatoare emise în temeiul OUG nr. 34/2006.

În aceste condiții, Consiliul constată că, în mod corect autoritatea contractantă a respins ca inacceptabilă oferta contestatoarei, contestația fiind neîntemeiată.

Referirile părților la practica națională, internațională și a Consiliului nu pot fi reținute având în vedere, pe de o parte, faptul că fiecare speță în parte are specificul său și un anumit probatoriu administrat în cauză de părți iar, pe de altă parte, faptul că, în dreptul românesc, precedentul judiciar nu constituie izvor de drept.

În raport de cele reținute, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de (...), în contradictoriu cu autoritatea contractantă (...) și pe cale de consecință va respinge cererea contestatoarei de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de (...), în contradictoriu cu autoritatea contractantă (...) și, pe cale de consecință, respinge cererea contestatoarei de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației.

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

PREȘEDINTE COMPLET
(...)

MEMBRU COMPLET
(...)

MEMBRU COMPLET
(...)

Redactat în 4 exemplare originale, conține 24 pagini.