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. 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. ....

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu ..., astfel cum a fost precizată prin adresa înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr...., formulată de ...., cu sediul în ...., având CUI ..., înregistrată la Oficiul Registrul Comerțului ..v sub nr...., reprezentată legal prin administrator ..., în calitate de lider al asocierii formată din .... și ...., cu sediul în ..., având CUI ... înregistrată la Oficiul Registrul Comerțului sub nr..., reprezentată legal prin administrator ..., având sediul procesual ales la ....din București, .. sector 2, împotriva procesului-verbal din data de .. emis de către ...., cu sediul în ..., în cadrul procedurii de atribuire simplificată a contractului de lucrări având ca obiect ***„....”***, s-a solicitat anularea înscrisului susmenționat, obligarea autorității contractante la excluderea Asocierii .... și ....din cadrul procedurii de atribuire și să se constate că ...., parte în Asociere, nu și-a îndeplinit obligațiile contractuale, aflându-se în situația de excludere prevăzută de art.167 alin.1, lit.g din Legea nr.98/2016.

Prin cererea de intervenție nr...înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr...., completată prin notele scrise, formulată de ...., cu sediul în .. sector .. având ... înregistrată la Oficiul Registrul Comerțului București sub nr.. .. convențional prin ...., cu sediul ales pentru comunicarea actelor procedurale, în ... ., în cadrul procedurii de atribuire susmenționate, dar și prin ..., s-a solicitat admiterea cererii de intervenție, respingerea, pe cale de excepție, a contestației formulată de ...., ca tardivă, pentru neconstituirea cauțiunii, precum și ca inadmisibilă întrucât nu s-a solicitat anularea unui act

administrativ, iar, pe fondul cauzei, respingerea contestației, ca nefondată, cu cheltuieli de judecată.

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

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub numărul de mai sus, ... critică procesul-verbal din data de 19.09.2018, emis de către ...., în cadrul procedurii mai sus amintită, solicitând anularea înscrisului menționat, obligarea autorității contractante la excluderea Asocierii .... și ....din cadrul procedurii de atribuire și să se constate că ...., parte în Asociere, nu și-a îndeplinit obligațiile contractuale, aflându-se în situația de excludere prevăzută de art.167 alin.1, lit.g din Legea nr.98/2016.

În motivarea contestației, ... precizează că, în urma analizei DUAE aparținând ...., autoritatea contractantă a identificat un document constatator având nr.2/16.03.2016, emis de Consiliul Județean Giurgiu, cu privire la modul de derulare a contractului nr.152/14.07.2011, încheiat între Asocierea .... și ...., din cuprinsul căruia reieșea, în mod clar și fără echivoc, că Asocierea nu a îndeplinit, în mod corespunzător, prevederile contractuale, aspect ce a condus la rezilierea contractului menționat, prejudiciul stabilit de autoritatea emitentă fiind în valoare de aproximativ 15 milioane lei.

Având în vedere faptul că respectivul contract de achiziție publică încheiat cu .... a încetat anterior împlinirii termenului pentru care a fost încheiat, în opinia contestatorului, comisia de evaluare era obligată să aplice prevederile art.167, alin.1, lit.g din Legea nr.98/2016, în sensul de a exclude ofertantul din cadrul procedurii de atribuire și de a nu permite trecerea acestuia în etapa următoare a procedurii de atribuire.

Contestatorul arată că autoritatea contractantă a solicitat explicații atât ofertantului ...., cât și emitentului documentului constatator, cu privire la informațiile prezentate în cadrul formularului DUAE, solicitând, totodată, și lămurirea împrejurărilor ce au condus la emiterea documentului constatator nr.2/16.03.2016.

Față de răspunsul ...., susține contestatorul, se desprind următoarele aspecte: ca urmare a faptului că
.... nu și-a îndeplinit, în mod corespunzător obligațiile contractuale, lucrările ce au făcut obiectul Contractului nr.152/14.07.2011 nu au fost finalizate la termen, ceea ce a condus la imposibilitatea beneficiarului de a accesa fonduri externe nerambursabile în valoare de aproximativ 15 milioane lei; Beneficiarul contractului a acționat în instanță ofertantul, considerând că neîndeplinirea corespunzătoare a obligațiilor contractuale, de către acesta, a fost una dintre cauzele care au condus la faptul că lucrările nu au fost finalizate la termen (informații ce se regăsesc în cuprinsul documentului constatator nr.2 din data de 16.03.2016), fapt care a condus la rezilierea contractului; Ofertantul nu a contestat în termenul legal documentul constatator, astfel că nu există o hotărâre definitivă de anulare și/sau suspendare a documentului constatator.

Precizează că autoritatea contractantă a solicitat punct de vedere și de la Agenția Națională a Achizițiilor Publice.

Dispozițiile art.171, alin.1- alin.3^3 din Legea nr.98/2016 nu sunt incidente în cauză, în opinia contestatorului, întrucât .... nu a explicat, în mod concret, împrejurarea ce a condus la emiterea documentului constatator, nu a prezentat o hotărâre judecătorească având ca obiect suspendarea sau anularea documentului constatator în discuție, nu a prezentat un răspuns referitor la solicitarea de a furniza dovezi privind eventualele măsuri de remediere adoptate cu privire la faptele imputate de către ....în legătură cu documentul constatator în discuție.

Apreciază că este important de reținut faptul că doi dintre cei cinci membri ai comisiei de evaluare au formulat note explicative prin care și-au exprimat opinia în ce privește necesitatea excluderii ofertantului întrucât nu se poate considera că .... a răspuns sau a furnizat dovezi de o manieră credibilă, care să înlăture excluderea prevăzută, în mod imperativ, de art.167 alin.1, lit.g din Legea nr.98/2016, în acest sens fiind și Decizia CNSC nr.222/30.03.2017, menținută de Curtea de Apel Craiova prin Decizia nr.1260/2018.

În concluzie, contestatorul susține că, în mod eronat, comisia de evaluare a admis ofertantul .... în etapa următoare a procedurii de atribuire, întrucât ofertantul se regăsea în ipoteza de excludere prevăzută de art.167, alin.1, lit.g din Legea nr.98/2016, respectiv nu și-a îndeplinit obligațiile asumate printr-un contract de achiziție publică anterior, fapt ce a dus la rezilierea contractului și la crearea de prejudicii beneficiarului, fără să ofere dovezi și argumente care să înlăture ipoteza de excludere.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, documente.

Prin cererea de intervenție înregistrată la C.N.S.C. cu nr.40819/05.10.2018, ... a solicitat admiterea cererii de intervenție, respingerea contestației, pe cale de excepție, ca tardivă, iar, pe fondul cauzei, respingerea contestației ca nefondată.

În cuprinsul cererii de intervenție, ... arată că, împreună cu ...., a depus oferta în vederea participării la procedura de atribuire, iar ulterior datei de depunere a ofertelor, autoritatea contractantă i-a solicitat prin adresa nr.2479/09.07.2018, clarificări cu privire la documentul constatator nr.2/16.03.2016, emis de către Consiliul Județean Giurgiu, clarificare la care a răspuns, în termen, prin adresa nr.643/12.07.2018, la care s-au atașat o serie de înscrisuri prin care s-a făcut dovada credibilității societății sale.

De asemenea, contestatorul precizează că, prin adresa nr.4246/07.09.2018, autoritatea contractantă i-a solicitat să depună anumite documente, răspunsul fiind transmis cu adresa nr.892/11.08.2018.

Față de prevederile art.17, alin.3 din Legea nr.101/2016, în calitate de ofertant în cadrul procedurii de atribuire, ... susține că justifică un interes deplin pentru ca decizia autorității contractante să fie menținută.

În considerarea celor menționate, ... solicită admiterea, în principiu, a cererii de intervenție și introducerea sa în cauză, în calitate de intervenient.

În susținerea excepției tardivității contestației, raportat la prevederile art.8, alin.1, lit.b coroborat cu art.16, alin.1 din Legea nr.101/2016, ... arată că, ... a luat cunoștință de decizia comisiei de evaluare privind concludența răspunsului la solicitarea de clarificări referitoare la modalitatea de completare a DUAE, odată cu publicarea în SICAP a procesului-verbal analiza DUAE nr.4398/19.09.2018, respectiv în data de 20.09.2018, sens în care, în aplicarea prevederilor legale invocate mai sus, o eventuală contestație împotriva acesteia trebuia formulată cu respectarea termenului imperativ de 5 zile, cel mai târziu la data de 25.09.2018.

În condițiile în care contestația a fost înregistrată la autoritatea contractantă, în data de 27.09.2018, iar la Consiliu în data de 26.09.2018, intervenientul apreciază că orice critică adusă deciziei autorității contractante în afara termenului imperativ de contestare, care curge de la data publicării acesteia în SICAP, este tardivă și nu poate fi primită la soluționarea raportului juridic dedus judecății.

Pe fondul cauzei, intervenientul apreciază criticile contestatorului ca fiind nefondate, actele autorității contractante fiind emise cu respectarea prevederilor legale în materia achizițiilor publice, prin raportare la jurisprudența în domeniu.

Astfel, contrar celor arătate în contestație, intervenientul susține că incidența uneia dintre situațiile de la art.167, alin.1, lit.g din Legea nr.98/2016, nu conduce, în mod obligatoriu, la excluderea din procedura de atribuire a operatorilor economici cu privire la care au fost emise documente constatatoare, aceasta deoarece, în conformitate cu prevederile art.166, alin.8 din H.G. nr.395/2016, comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă documentul constatator reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art.167 alin.1, lit.g din Legea nr.98/2016.

Drept urmare, în opinia intervenientului, simpla existență a unui document constatator nu poate atrage excluderea unui ofertant din cadrul procedurii de atribuire, în condițiile în care acesta a făcut dovada credibilității societății, în temeiul art.171, alin.1, alin.3 din Legea nr.98/2016.

În susținerea celor afirmate, ... invocă practica Consiliului cât și a instanțelor judecătorești, în care s-a reținut că, și atunci când există un document constatator negativ, ofertantul nu este exclus automat de la procedura de atribuire, cu atât mai mult, în cazul unui document constatator care menționează expres lipsa prejudiciului, ofertantul nu poate fi exclus deoarece nu sunt îndeplinite cerințele legale.

În considerarea celor menționate și având în vedere faptul că achizițiile publice sunt guvernate de principiul asumării răspunderii, raportat la prevederile art.171 din Legea nr.98/2016, autoritatea contractantă este singura în măsură să analizeze situația concretă, în baza documentelor depuse, a dovezilor privind măsurile luate pentru

demonstrarea în concret a credibilității și a informațiilor privind împrejurările/cauzele care au condus la eventuala încălcare a obligațiilor în cadrul contractelor derulate anterior.

Intervenientul precizează că, contrar celor susținute de contestator, prin răspunsul la cele două solicitări de clarificări a prezentat comisiei de evaluare suficiente dovezi privind modalitatea corespunzătoare de prestare a serviciilor în cadrul contractului încheiat cu Consiliul Județean Giurgiu, dovezi apreciate, în mod legal, ca fiind concludente de către autoritatea contractantă.

Susține că, demersul autorității contractante de a solicita informații suplimentare este consecința aplicării cu prioritate a principiului proporționalității, care impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite.

În baza rolului activ ce revine comisiei în procesul de evaluare a ofertelor, aceasta avea obligația să efectueze acele demersuri care să conducă la lămurirea aspectului în cauză, și nu să ia măsura respingerii ofertei, ca inacceptabile.

Procedând la verificarea tuturor informațiilor transmise de ...., se arată că, în mod corect comisia de evaluare a reținut că societatea sa și-a îndeplinit, în mod corespunzător, toate obligațiile contractuale, serviciile prestate fiind recepționate la termenele din contract, aceasta în condițiile în care:

-Contractul de servicii a încetat ca urmare a încetării contractului de execuție de lucrări;

-Societatea sa și-a încasat contravaloarea serviciilor pentru finalizarea a 80% din contractul de execuție, ultima plată fiind efectuată după rezilierea contractului;

- Societatea sa a înștiințat ....cu privire la nerespectarea graficului de lucrări și a forței de muncă și materiale subdimensionate;

-Ultimul proces-verbal de recepție a serviciilor încheiat după rezilierea contractului a fost semnat ca fiind conform cu cerințele calitative si cantitative;

-Nu a fost executată garanția de bună execuție;

-În minuta de reziliere se specifică aspectul că, contractele se reziliază din vina exclusivă a executantului.

Referitor la aspectul învederat de contestator, acela că, în cadrul procedurii de atribuire doi dintre cei cinci membri ai comisiei de evaluare au formulat note explicative privind excluderea .... din procedura de atribuire, este irelevant în opinia intervenientului, având în vedere prevederile art.131, alin.8 din H.G. nr. 395/2016, în conformitate cu care *„În cazul în care, în situația prevăzută la alin.6, comisia de evaluare nu ajunge la un acord după reanalizarea punctelor*

de divergenta, decizia finală se adoptă cu votul majorității membrilor săi."

Față de cele menționate, intervenientul solicită admiterea cererii de intervenție, respingerea contestației formulată de ...., ca tardivă, iar pe fondul cauzei, respingerea contestației ca nefondată.

În drept, se invocă prevederile Legii nr.101/2016, art.61 din NCPC,
precum și ale celorlalte acte normative invocate în cuprinsul cererii de intervenție.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr.41578/10.10.2018, ... a răspuns punctual criticilor formulate de .... prin cererea de intervenție, solicitând următoarele:

1. Respingerea cererii de intervenție voluntară;
2. Respingerea excepției tardivității invocată de ...., ca fiind neîntemeiată, cu consecința:

3. Anulării procesului-verbal de analiză DUAE din 19.09.2018

4. Obligarea autorității contractante la excluderea Asocierii .... și ....din cadrul procedurii de atribuire și să se constate că ...., parte în Asociere, nu și-a îndeplinit obligațiile contractuale, aflându-se în situația de excludere prevăzută de art. 167 alin.1, lit.g din Legea nr.98/2016.

Referitor la excepția tardivității contestației, ... precizează că a transmis contestația atât la Consiliu cât și la autoritatea contractantă, în data de 25.09.2018, anterior împlinirii termenului legal de contestare a procesului-verbal nr.4398/19.09.2018, care a fost publicat, în SICAP, în data de 20.09.2018.

Cu privire la fondul cauzei, ... reiterează argumentele expuse anterior în cadrul contestației.

Prin adresa nr.4670/12.10.2018, înregistrată la C.N.S.C. cu nr.42497/16.10.2018, autoritatea contractantă precizează că își menține punctul de vedere exprimat prin procesul-verbal nr.4389/19.09.2018.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente din dosarul achiziției publice.

Cu adresele înregistrate la C.N.S.C. sub nr.43232/22.10.2018 și nr.43266/22.10.2018, ... a depus concluzii scrise, prin care a înțeles să solicite și respingerea contestației pe motiv că nu a fost însoțită de cauțiune, respingerea acesteia întrucât nu conține solicitarea de anulare a unui act administrativ, precum și respingerea ei întrucât actul atacat a fost indicat după împlinirea termenului legal de 5 zile. Pe fond, s-a invocat intervenția termenului de prescripție de 2 ani în ceea ce privește documentul constatator și inaplicabilitatea art.171 alin.5 lit.b din Legea nr.98/2016, excepția de nelegalitate a acestuia, cu cheltuieli de judecată.

Consiliul, relativ la cererea de intervenție formulată de ...., ia act de faptul că aceasta urmărește aceeași finalitate ca și autoritatea contractantă, respectiv menținerea actelor emise în cadrul procedurii de atribuire.

În temeiul dispoziţiilor art.17 alin.3 din Legea nr.101/2016, potrivit cărora *„Până la soluţionarea contestaţiei de către Consiliu, operatorii economici interesaţi să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanţi la procedura de atribuire, pot formula cerere de intervenţie voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr.134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestaţiei. (...)*", se constată că cererea de intervenţie a fost depusă în termen.

Având în vedere dispoziţiile art.68 din Legea nr.101/2016, art.61 alin.3, art.63, art.65 şi art.67 din Codul de procedură civilă, Consiliul califică cererea de intervenție ca fiind una accesorie în interesul autorității contractante și o admite în principiu, interesul .... de a interveni în prezentul litigiu fiind unul evident și anume menținerea deciziei autorității contractante privitoare la oferta sa.

În considerarea art.26 alin.1 din Legea nr.101/2016, Consiliul urmează a se pronunța, cu prioritate, asupra excepției tardivității contestației, invocată de intervenientul ....

Examinând excepția, Consiliul urmează să o respingă având în vedere că .... a transmis contestația atât către C.N.S.C., cât și către autoritatea contractantă, cu respectarea termenului legal de 5 zile, respectiv la data de 25.09.2018, dată indicată de intervenientul însuși ca fiind ultima zi de depunere a contestației pentru a fi socotită în termen.

În aprecierea acestei finalități, au fost avute în vedere înscrisurile depuse de contestator, respectiv factura nr.DIV00017590/***25.09.2018*** și factura nr.DIV00017589/***25.09.2018***, emise de Oficiul poștal Express București, precum și dispozițiile art.183 alin.1 C.proc.civ., conform cărora ***„Actul d procedură d înăuntrul t p d leg p sc r l ofi poş sau d l un s d c rapid o l un s spe d c es socotit a fi fă în t***

Aşadar, relevanţă prezintă data la care contestația a fost prezentată oficiului poştal spre a fi expediată spre C.N.S.C./autoritatea contractantă, iar nu data la care aceasta a ajuns sau a fost înregistrată la destinatar.

Pe de altă parte, ultima zi a termenului legal de 5 zile pentru depunerea contestației, prevăzut de art.8 alin.1 lit.b din Legea nr.101/2016, a fost data de 25.09.2018, după cum corect susține intervenientul, iar nu data 26.09.2018. Aceasta, deoarece Legea nr.101/2106 conține prevederi exprese cu privire la calculul termenului de depunere a contestației, aflate la art.5 din același act normativ, astfel că, fiind legea specială în materie, derogă de la dreptul comun constituit de prevederile C.proc.civ.

În ceea ce privește cauțiunea, Consiliul reține că .... a făcut dovada constituirii acestia în cuantumul prevăzut de lege, prin

prezentarea recipisei de consemnare nr.204946251/1 din 01.10.2018, emisă de CEC Bank – Sucursala Piața Alba Iulia.

Astfel, se reține îndeplinită condiția de admisibilitate a contestației, constând în constituirea cauțiunii, faptul constituirii acestea ulterior depunerii contestației nefiind de natură a conduce la respingerea contestației, în raport cu caracterul dilatoriu al excepției, asemeni procedurilor din fața instanței de judecată.

De asemenea, constatând că .... a procedat la completarea contestației cu arătarea actului atacat, Consiliul va respinge susținerile intervenientului legate de acest aspect, completarea actului de învestire cu anumite elemente ulterior depunerii lui fiind permisă atât de prevederile codului de procedură civilă, cât și de Legea nr.101/2016.

Pe fond, față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

...., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire simplificată a contractului de lucrări având ca obiect ***„....”,*** prin publicarea, în SICAP, a anunțului de participare simplificat nr.SCN1003082/30.05.2018.

Valoarea estimată a contractului este de 7.023.551 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este *„prețul cel mai scăzut*”.

Au fost depuse două oferte, care au fost vizualizate, în SICAP, la data de 22.06.2018, ocazie cu care s-a încheiat procesul-verbal nr.2302/22.06.2018.

Împotriva procesului-verbal analiză DUAE nr.4398/19.09.2018, ... a depus, în termenul legal, contestația de față.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

.... critică decizia autorității contractante de a nu exclude la etapa de analiză DUAE, oferta depusă de Asocierea formată din .... și ...., care, în opinia sa, se încadrează în situația de excludere prevăzută de art.167 alin.1 lit.g din Legea nr.98/2016, deoarece pe numele .... este emis Documentul constatator nr.2/16.03.2016.

În analiza temeiniciei criticii contestatorului, Consiliul reține că, la cap.III.1.1.a) *„Situația personală a candidatului sau ofertantului*” din fișa de date, Cerința nr.1, s-a prevăzut că:

„Ofertanții, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art.164, 165, 167 din Legea nr.98/2016.”

În perioada de evaluare a ofertelor, după cum rezultă din procesul – verbal nr.2468/09.07.2018, comisia de evaluare a identificat, la verificarea efectuată în SICAP, existența pe numele ...., a Documentului constatator nr.2/16.03.2016, emis de Consiliul Județean Giurgiu, în care, reține Consiliul, apare precizat, la punctul 7 - *„contractul a fost îndeplinit în mod corespunzător:* ***NU***”, iar la subpct f) *„rezilierea contractului:* ***DA***”.

Pentru lămurirea aspectelor de mai sus, după cum rezultă din același proces – verbal, autoritatea contractantă a decis să solicite

clarificări atât ...., cât și ...., ca emitent al documentului constatator, decizii materializate după cum urmează:

- către .... a fost transmisă adresa nr.2479/09.07.2018, prin care s-a solicitat clarificarea neconcordanțelor dintre informațiile cuprinse în cadrul Formularului DUAE, la întrebarea *„Operatorul economic s-a aflat într-o situație în care un contract de achiziții publice anterior, un contract anterior încheiat cu o autoritate 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*", unde s-a răspuns „NU" și cele identificate în cadrul documentului constatator nr.2/16.03.2016, emis de Consiliul Județean Giurgiu, în care se menționează rezilierea anticipată a contractului. De asemenea, s-a solicitat să se explice împrejurarea și faptele ce au condus la emiterea certificatului constatator și să se precizeze dacă există hotărâri judecătorești definitive care să fi anulat și/sau suspendat respectivul document constatator;
- către ....a fost transmisă adresa nr.2280/17.07.2018, prin care s-a solicitat să se precizeze împrejurările și faptele care au condus la emiterea documentului constatator și dacă există hotărâri judecătorești definitive care să fi anulat și/sau suspendat executarea acestuia.

.... a răspuns, prin adresa nr.643/12.07.2018, în care a precizat următoarele:

„(...) A) Principiul neretroactivității legii civile

Incidența principiilor privind aplicarea legii în timp

Art.15 alin.2 din Constituția României prevede că Legea dispune numai pentru viitor, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile.

Vă rugăm să aveți în vedere că documentul constatator care a stat la baza emiterii deciziei autorității contractante a fost emis în temeiul O.U.G. nr.34/2016 și a H.G. nr.925/2016, sens în care, chiar dacă suntem în prezența unei proceduri de atribuire organizată și derulată în baza Legii nr.98/2016

(...)

B) Condiția cumulativă reglementată de legiuitor și jurisprudența națională și europeană

Legiuitorul a impus două condiții cumulative pentru incidența 167 alin.1 lit.g din Legea nr.98/2016, respectiv:

a) *Neîndeplinirea gravă sau repetată a obligațiilor contractuale să fi fost cauzată de motive imputabile ofertantului;*

b) *Încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile, sens în care doar beneficiarul – autoritatea contractantă, poate face aprecieri asupra gravității cauzei.*

În concret, nu orice nerespectare a unui contract conduce la respingerea unui ofertant în temeiul prevederilor legale de mai sus, ci doar acele încălcări rezultate dintr-un «comportament al operatorului economic în cauză care denotă o intenție culpabilă sau o neglijență de o

anumită gravitate din partea sa» (decizia CEJ în cauza C-465/11, pct.30). Drept urmare, simpla existență a unui document constatator nu poate conduce în mod obligatoriu la respingerea unei oferte, ci doar dacă sunt îndeplinite condițiile cumulative prevăzute de legiuitor.

(...)

C) Principiul proporționalității și situație de drept și împrejurarea prin care a fost emis documentul constatator.

Scurt istoric

1) *În data de 14.07.2011, subscrisa a încheiat un contract de servicii de dirigenție pentru lucrarea: Reabilitare și modernizare DJ 411 (...) în valoare de 190.000 lei fără TVA pe o perioadă inițială de 24 de luni, însă în urma depășirii termenelor de execuție și prin prelungirea de nenumărate ori a contractului de lucrări de către beneficiar și executant, serviciul de dirigenție s-a desfășurat pe 56 de luni fără niciun cost suplimentar.*

Cum poate fi de vină prestatorul de servicii de dirigenție, pentru că executantul nu își dimensionează utilajele și forța de muncă în conformitate cu sarcinile asumate, și cum poate fi el de vină pentru că beneficiarul nu a accesat fonduri de 15 milioane?

Anexat regăsiți contractul de servicii pentru dovedirea celor menționate.

2) *Pe perioada desfășurării serviciului de dirigenție au fost transmise 128 de rapoarte, ultimul fiind transmis pentru luna noiembrie a anului 2015 (ultima lună de activitate a constructorului). Începând cu raportul numărul 101 din luna martie 2014 au fost transmise permanent informații cu privire la incapacitatea constructorului de a termina lucrările în termenul convenit a n oară prin acte adiționale. Societatea noastră a făcut permanente diligențe în vederea respectării graficului de execuție prin rapoartele transmise, factorii decizionali urmând să ia măsurile pe care la considerau necesare.*

Începând cu luna ianuarie a anului 2015, beneficiarul începe să realizeze că executantul nu este în stare să termine lucrarea și începe să le transmită adrese prin care îi somează să execute lucrările într-un mod mai alert.

Anexat vă transmitem adresa nr.767/20.01.2015 emisă de CJ Giurgiu, notificarea nr.18373/19.11.2015, adresa nr.20563/18.12.2015 prin care CJ Giurgiu menționează clar că EXPERTUL se face vinovat de un prejudiciu de 15 mil. lei.

Menționăm că în situația în care autoritatea contractantă dorește putem să le transmitem toate rapoartele (128) undeva în jur de 3500-4000 de pagini și alte adrese în care atragem atenția cu privire la neconformitățile realizate de către constructor. Verbal chiar am fost atenționați de reprezentanți ai CJ Giurgiu că avem o atitudine mult prea ostilă cu constructorul.

3) *Toate documentele întocmite pe parcursul serviciului de dirigenție, au trecut prin aprobarea reprezentanților POR, și mai mult decât atât la fiecare situație de lucrări a constructorului, subscrisa prezenta situația de lucrări pentru serviciul de dirigenție însoțită de*

toate documentele necesare, în urma căreia se întocmea un proces verbal de recepție în care se specifica: .... a prestat serviciul de dirigenție de șantier, respectând cerințele cantitative și calitative specificate în caietul de sarcini ce face parte integrantă din contractul menționat mai sus.

Anexat vă transmitem procesele verbale pentru dovedirea celor menționate mai sus.

4) *.... nu a fost trimisă în judecată pentru recuperarea niciunei sume, nu au fost aplicate penalități, garanția de bună execuție a contractului nu a fost executată, iar subscrisa și-a încasat toți banii pentru serviciile prestate conform contract nr.152/14.07.2011.*

Pentru dovedirea celor menționate vă depunem certificat judiciar al operatorului economic.

D) Conduita societății

De la data emiterii documentului constatator, subscrisa a participat, câștigat și executat lucrări de achiziții publice și cu alte instituții de stat și private din România. Anexat vă transmitem o parte din documente pentru a dovedi cele menționate.

Menționăm că nu există Hotărâri Judecătorești definitive, care să fi anulat și/sau suspendat documentul constatator datorită faptului că dintr-o neglijență a unui angajat, nu am reușit să intrăm în posesia documentului constatator la timp, astfel am fost în imposibilitatea de a mai ataca documentul constatator în termenul stabilit de legiuitor și anume 10 zile."

....a răspuns, prin adresa nr.2896/18.07.2018, după cum urmează:

„(...) considerăm necesar să precizăm faptul că, obiectul contractului pentru care a fost emis documentul constatator la care faceți referire este diferit de cel pentru care ați organizat procedura de atribuire, respectiv, este de prestare a serviciului de dirigenție de șantier aferentă obiectivului de investiție DJ 411, astfel cum reiese și din anunțul de participare nr.120238/28.04.2011, și nu obiectul unui contract de lucrări (proiectare și execuție).

2.Obiectivul de investiții pentru care a fost prestat serviciul de dirigenție de șantier, a fost finanțat prin Programul Operațional Regional 2007-2013.

Constructorul lucrărilor nu și-a îndeplinit corespunzător obligațiile contractuale, lucrările nu au fost finalizate la termen, iar beneficiarul nu a putut accesa fonduri externe nerambursabile de cca. 15 milioane lei.

Constructorul a fost acționat în instanță de către beneficiar, respectiv, de către Consiliul Județean Giurgiu, pentru a se putea recupera prejudiciul cauzat.

Astfel, prejudiciul de 15 milioane lei, a fost stabilit prin raportare la valoarea lucrărilor nerealizate în termen, în mod corespunzător, de către constructorul lucrării, care nu a executat în termenul ofertat lucrările contractate, a căror realizare a fost urmărită de către ....

3. *Documentul constatator pentru prestatorul de servicii s-a emis ca urmare a faptului că beneficiarul a considerat că neîndeplinirea corespunzătoare a obligațiilor contractuale de către acesta a fost una din cauzele care au condus la faptul că lucrările nu au fost finalizate la termen.*

Prestatorul de servicii nu a contestat în termenul legal documentul constatator și astfel, nu există o Hotărâre definitivă de anulare și/sau suspendare a documentului constatator."

Consiliul constată că răspunsurile formulate de .... și Consiliul Județean Giurgiu, au fost analizate, de către comisia de evaluare, în cadrul ședinței din data de 23.07.2018, ocazie cu care s-a încheiat procesul-verbal nr.2954, în care s-au consemnat, printre altele:

„În urma solicitării adresate .... & ...., cu nr.2479/23.07.2018 ofertantul a transmis următoarele documente pe data de 12.07.2018 (...)

Obiectul contractului pentru care a fost emis documentul constatator la care facem referire este diferit de cel pentru care ați organizat procedura de atribuire, respectiv, este de prestare a serviciului de dirigenție de șantier aferentă obiectivului de investiție DJ 411.

Constructorul lucrărilor nu și-a îndeplinit corespunzător obligațiile contractuale, lucrările nu au fost finalizate la termen, iar beneficiarul nu a putut accesa fonduri externe nerambursabile de cca 15 milioane lei.

Constructorul a fost acționat în instanță de către beneficiar, respectiv de către Consiliul Județean Giurgiu.

Astfel, precizăm că prejudiciul de 15 milioane lei, a fost stabilit prin raportare la valoarea lucrărilor nerealizate în termen, în mod corespunzător, de către constructorul lucrărilor care nu a executat în termenul ofertat lucrările contractate, a căror realizare a fost urmărită de .... & ....

Documentul constatator pentru prestatorul de servicii s-a emis urmare a faptului că beneficiarul a considerat că neîndeplinirea corespunzătoare a obligațiilor contractuale de către acesta a fost una din cauzele care au condus la faptul că lucrările nu au fost finalizate la termen.

Prestatorul de servicii nu a contestat în termenul legal documentul constatator și astfel, nu există o Hotărâre definitivă de anulare și/sau suspendare a documentului constatator. (...)"

Prin procesul-verbal nr.4242/07.09.2018, comisia de evaluare a decis să solicite ....următoarele:

„-vă rugăm să prezentați situațiile de plată, extrase de cont aferente serviciilor de dirigenție/polița de asigurare sau orice alt document, care să confirme încasarea sumelor, și a garanției de bună execuție pentru contractul de dirigenție nr.151/14.07.2011 încheiat cu Consiliul Județean Giurgiu.

-vă rugăm să prezentați orice document care să ateste faptul că ați înștiințat în repetate rânduri autoritatea contractantă cu privire la

nerespectarea graficului de către contestator pentru contractul de dirigenție nr.152/14.07.2011 încheiat cu Consiliul Județean Giurgiu.

-vă rugăm să ne transmiteți actul de reziliere a contractului nr.152/14.07.2011 încheiat cu ...",

Cu adresa nr.4289/11.09.2018, ... a depus documentele solicitate, care au fost analizate de comisia de evaluare în cadrul ședinței din data de 19.09.2018, ocazie cu care s-a încheiat procesul-verbal nr.4398, în care s-a consemnat că,

„Având în vedere:

-contractul a încetat ca urmare a încetării contractului de execuție potrivit prevederilor art.3 din contract «Prestatorul se obligă să presteze serviciul de dirigenție de șantier pe perioada cât vor dura lucrările de execuție pentru obiectivul de investiție»

-faptul că societatea în cauză și-a încasat contravaloarea pentru finalizarea a 80% din contractul de execuție, ultima plată fiind efectuată după rezilierea contractului;

-faptul că societatea a înștiințat autoritatea contractantă cu privire la nerespectarea graficului de lucru și a forței umane și materiale subdimensionate;

-faptul că ultimul proces-verbal de recepție încheiat după rezilierea contractului a fost semnat ca fiind conform cu cerințele calitative și cantitative;

-faptul că nu a fost executată garanția de bună execuție;

-faptul că în minuta de reziliere se specifică că, contractele se reziliază din vina exclusivă a constructorului

Ca urmare a celor prezentate mai sus, comisia de evaluare a ofertelor consideră că .... și-a îndeplinit obligațiile contractuale și nu se află în situația de excludere prevăzută de art.167 alin.1 lit.g din Legea nr.98/2016."

Decizia comisiei de evaluare a fost adoptată cu 3 voturi pentru și două împotrivă, anexat procesului verbal menționat regăsindu-se notele explicative nr.4300/19.09.2018 și nr.4499/19.09.2018, prin care președintele comisiei de evaluare și unul dintre membrii acesteia și-au exprimat și motivat dezacordul față de opinia majorității.

În analiza temeiniciei deciziei autorității contractante, Consiliul are în vedere prevederile art.167 alin.1 lit.g și alin.8 din Legea nr.98/2016, care dispun că:

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

(...)

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

(8) În sensul dispoziţiilor alin. (1) lit. g) se consideră încălcări grave ale obligaţiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, ***neexecutarea contractului****, livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformităţi majore care le fac improprii utilizării conform destinaţiei prevăzute în contract*",

Așadar, prevederile legale anterior enunțate sunt aplicabile doar în situația îndeplinirii, în mod cumulativ, a următoarelor condiții:

- încălcarea gravă sau repetată de către ofertantul în cauză a obligaţiilor principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziţii publice, al unui contract sectorial sau al unui contract de concesiune încheiate anterior;

- încălcarea gravă sau repetată a obligaţiilor principale să fi condus la una din următoarele consecinţe: încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese, alte sancţiuni comparabile.

Condiţiile cumulative arătate sunt completate de precizările aduse de art.171 din Legea nr.98/2016, prin alin.1-3 în sensul furnizării dovezilor pentru demonstrarea credibilității și care, în cazul în care sunt apreciate ca suficiente înlătură măsura excluderii și alin.5 lit.b, în sensul că perioada de timp scursă de la momentul la care s-au petrecut evenimentele (încălcările obligațiilor principale) să nu fi depăşit o perioadă de 3 ani.

În speța de față, suntem în prezența unui document constatator emis pentru Asocierea formată din **....** și S.C. ...., în care se precizează că asocierea în cauză nu a îndeplinit în mod corespunzător prevederile contractuale, aspect ce a condus la rezilierea respectivului contract, la pct.8 – *„Prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului (dacă este posibil cuantificarea valorică a acestora)",* fiind precizat că ***„Nerealizarea corespunzătoare a serviciului este una din cauzele care au făcut ca lucrările să nu fie finalizate la termen și beneficiarul să nu poată accesa fonduri nerambursabile de cca. 15 mil lei, urmând a finaliza investiția din fonduri proprii****."*

Motivele care au condus la rezilierea contractului, conform aceluiași document constatator, sunt următoarele:

„a) Documentele necesare derulării contractului nu au fost întocmite în mod corespunzător;

c) ***Colaborarea și comunicarea cu contractantul nu au fost bune;***

d) ***obligațiile asumate prin oferta tehnică nu au fost îndeplinite corespunzător;***

e) ***Nerespectarea termenelor contractuale de prestare servicii: din***

culpă;

f) ***rezilierea contractului".***

Astfel, Consiliul constată că neregulile imputate asocierii au condus în mod efectiv la încetarea contractului, ipoteză ce se circumscrie noțiunii de *„abatere gravă*", astfel cum este definită de legiuitor prin

art.168 alin.1 lit.g din Legea nr.98/2016, dar și că, de la data emiterii documentului constatator nu s-a scurs intervalul de 3 ani despre care face vorbire art.171 alin.5 lit.b din Legea nr.98/2016.

Cum procedura de față a fost inițiată la data de 30.05.2018, îi sunt aplicabile dispozițiile legale în vigoare la data inițierii ei, deci și cazurile de respingere a ofertei expres prevăzute de acestea, data emiterii actului constatator ca și dispozițiile legale în vigoare la data emiterii acestuia neavând vreo relevanță din această perspectivă.

În ceea ce privește nelegalitatea aspectelor consemnate în documentul constatator, reclamate de ...., stabilește Consiliul că nu este de competența sa, ci a instanței de judecată, căreia destinatarul actului pretins nelegal trebuia să se adreseze pentru anularea lui.

Competența Consiliului, în situația dată, este de a verifica legalitatea deciziei autorității contractante, respectiv dacă .... se încadrează sau nu în cazul de excludere prevăzut de art.167 alin.1 lit.g din Legea nr.98/2016, iar nu de a verifica legalitatea documentului constatator și a stabili cine se face culpabil de situația expusă în acesta.

Astfel, de vreme ce documentul constatator nu a fost anulat prin decizia definitivă a instanței de judecată, el produce efecte, situație în care, în cazul .... este 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 printr-o hotărâre judecătorească definitivă de anulare a actului administrativ. De aceea, documentul constatator nr.2/16.03.2016 se bucură, până la suspendarea aplicării lui sau a anulării, ceea ce nu s-a întâmplat, de prezumția de legalitate.

Totodată, de interes este faptul că ...., după cum și arată în răspunsul la clarificări, nu a atacat în instanță actul constatator, de unde rezultă că și l-a însușit ca atare, a fost de acord cu conținutul acestuia.

Pe de altă parte, 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 .... există emis un document constatator care consemnează caracterul grav al neexecutării obligațiilor contractuale, precum și rezilierea contractului.

Trebuie subliniat faptul că, așa cum rezultă din documentele existente la dosarul cauzei, autoritatea contractantă a întreprins demersuri în vederea lămuririi aspectelor ce rezultau din documentul constatator, solicitând clarificări ...., așa cum stabilesc prevederile art.171 alin.1 din Legea nr.98/2016, însă, ofertantul în discuție nu a

furnizat autorității contractante niciuna dintre dovezile la care face referire art.171 alin.3 din Legea nr.98/2016, încheierea de contracte cu diverși beneficiari, ulterior emiterii documentului constatator, nefiind dovezi în sensul textului legal menționat, după cum nu sunt nici motivele de pretins nelegalitate ale actului constatator, asupra căruia, așa cum s-a arătat, competența de a se pronunța aparține instanței de judecată.

Consiliul are în vedere și faptul că, la nivelul DUAE, ... nu a declarat existența documentului constatator nr.2/16.03.2016, pe care ulterior, în cadrul răspunsului la clarificări și l-a recunoscut.

Susținerile contestatorului referitoare la intervenția termenului de 2 ani de prescripție a documentului constatator, nu pot fi reținute de Consiliu, pe de o parte, având în vedere faptul că, așa cum s-a reținut într-un paragraf anterior, prezenta procedură de atribuire se desfășoară în temeiul Legii nr.98/2016, astfel că autoritatea contractantă este obligată să respecte prevederile acesteia, inclusiv cele referitoare la aplicarea motivelor de excludere, respectiv art.167 alin.1 lit.g, iar pe de altă parte, având în vedere faptul că, în legătură cu regimul juridic/ respectarea termenului legal de atacare a documentului constatator în contencios administrativ/legalitatea acestuia, Consiliul nu se poate pronunța acesta fiind atributul exclusiv al instanței de contencios administrativ deoarece, conform legislației aplicabile, *„Documentele constatatoare emise de către autoritatea contractantă (...) pot fi contestate în justiţie potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările ulterioare”.*

Având în vedere cele menționate anterior, Consiliul apreciază că, în acest caz, autoritatea contractantă, în mod greșit, a decis că oferta depusă de .... nu se circumscrie dispozițiilor art.167 alin.1 lit.g și h din Legea nr.98/2016.

În soluționare, a fost avută în vedere și practica judiciară, relevante fiind decizia nr.1027/2018, pronunțată de Curtea de Apel Craiova, precum și decizia nr.264/2018, pronunțată de Curtea de Apel Ploiești.

De asemenea, relevantă este decizia nr.515/R/04.05.2017, prin care Curtea de Apel Pitești a soluționat plângerea formulată de .... împotriva deciziei C.N.S.C. nr.568/C5/443/16.03.2017, decizie prin care s-a menținut decizia autorității contractante UAT Comuna Poiana Țapului, de respingere a ofertei depusă de .... în considerarea aceluiași document constatator, nr.2/16.03.2016.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art.26 alin.2 și 5 din Legea nr.101/2016, Consiliul admite contestația, anulează procesul-verbal din data de 19.09.2018, în ceea ce privește evaluarea ofertei depusă de ...., precum și actele subsecvente acestuia, procedura urmând a fi continuată cu reevaluarea ofertei menționate, în considerarea celor arătate în motivare, în termen de 15 zile de la primirea prezentei.

Față de soluția pronunțată, cererea de intervenție, depusă de ...., va fi respinsă.

De asemenea, în temeiul alin.9 al aceluiași articol, se va respinge și cererea de acordare a cheltuielilor de judecată, formulată de ...., deoarece, dincolo de faptul că respectivele cheltuieli nu sunt dovedite, nu pot fi acordate de vreme ce nu s-a stabilit o culpă procesuală în sarcina contestatorului.

Decizia este obligatorie, potrivit art.28 alin.1 din același act normativ.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepțiile invocate de intervenientul ....

Admite contestația depusă de ...., în contradictoriu cu ...., anulează procesul-verbal din data de 19.09.2018, în ceea ce privește evaluarea ofertei depusă de ...., precum și actele subsecvente acestuia, procedura urmând a fi continuată cu reevaluarea ofertei menționate, în considerarea celor arătate în motivare, în termen de 15 zile de la primirea prezentei.

Respinge cererea de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, depusă de ....

Respinge cererea de plată a cheltuielilor de judecată, formulată de ....

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părţile cauzei, respectiv de la data luării la cunoştinţă de către alte persoane vătămate.

....

OPINIE SEPARATĂ

În baza dispozițiilor coroborate ale art. 68 din Legea nr. 101/2016 și ale art. 426 alin. (2) din Codul de Procedură Civilă, redactez următoarea opinie separată:

Sunt de acord cu soluția pronunțată de majoritatea completului în ceea ce privește excepțiile invocate de intervenienta ...., opinia mea separată purtând asupra fondului cauzei și cererii de intervenție.

Astfel, din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, reţin cele ce urmează:

Prin „Procesul-verbal analiză DUAE” nr. 4398 din 19.09.2018, comisia de evaluare a stabilit că, în urma verificărilor efectuate cu privire la situația asocierii ofertante .... - ...., aceasta nu se află în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, procesul-verbal fiind încheiat cu 3 voturi pentru și 2 împotrivă.

Împotriva acestei decizii a autorității contractante, ..., în calitate de lider al asocierii .... - ...., a înaintat Consiliului contestația de față, solicitând anularea „Procesul-verbal analiza DUAE” nr. 4398 din 19.09.2018, obligarea autorității contractante la excluderea asocierii .... - .... din cadrul procedurii de atribuire și constatarea faptului că ...., membru al asocierii, nu și-a îndeplinit obligațiile contractuale, aflându-se în situația de excludere prevăzută de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Ca o chestiune preliminară, constat ca ....a înaintat o cerere de intervenție în cauză, cerere încuviințată în principiu, în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, dat fiind faptul că autoarea ei, în calitate de ofertantă încă implicata în procedura de atribuire, dovedește un interes legitim propriu în pricina prin promovarea ei.

Verificând legalitatea deciziei autorității contractante de a stabili că asocierea .... - .... nu se afla în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, constat următoarele aspecte din istoricul desfășurării procedurii de achiziție publică:

• în fișa de date a achiziției, punctul III.1.1.a) *„Situația personală a candidatului sau ofertantului*”, se regăsește Cerința nr.1, astfel: *„Ofertanții, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, 165, 167 din Legea nr. 98/2016.”;*

• asocierea .... - .... a prezentat autorității contractante și DUAE aparținând .... în care, la întrebarea *„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*”, societatea a răspuns „Nu”;

• în urma verificărilor efectuate în SICAP, autoritatea contractantă a identificat existența, pe numele ...., a Documentului constatator nr. 2 din 16.03.2016, emis de Consiliul Județean Giurgiu, în care apare precizat, la punctul 7, „*Contractul a fost îndeplinit în mod corespunzător: Nu*”, iar la motivația dată acestei mențiuni, apare înscris „f) *rezilierea contractului: Da*”;

• prin adresa nr. 2479 din 09.07.2018, autoritatea contractantă a cerut .... să clarifice neconcordanțele dintre informațiile cuprinse în DUAE și cele documentul constatator nr. 2 din 16.03.2016, emis de Consiliul Județean Giurgiu, în care se menționează rezilierea anticipată a contractului, precum și să explice împrejurarea și faptele ce au condus la emiterea certificatului constatator și să precizeze dacă există

hotărâri judecătorești definitive care să fi anulat și/sau suspendat respectivul document constatator;

• .... a răspuns solicitării prin adresa nr. 643 din 12.07.2018, conținutul acesteia fiind citat parțial în opinia majoritară; anexat acestei adrese de răspuns, societatea a transmis autorității contractante documente, astfel: copia contractului nr. 152 din 14.07.2011 (în legătură cu care a fost emis documentul constatator nr. 2 din 16.03.2016), corespondența între ....și executantul lucrărilor a căror dirigenție de șantier a fost asigurată de .... în baza contractului nr. 152 din 14.07.2011, procese-verbale de recepție încheiate între ....și ....);

• în „Procesul-verbal analiză DUAE" nr. 4242 din 07.09.2018, comisia de evaluare a consemnat faptul că este necesară prezentarea de către ofertantă de documente și informații suplimentare, solicitare concretizată prin adresa nr. 4246 din 07.09.2018;

• .... a răspuns solicitării prin adresa nr. 892 din „11.08.2018", înregistrată la autoritate cu nr. 4289 din 11.09.2018, în care arată că transmite anexat: situații de plată, extrase de cont, fișa client etc aferente prestării serviciilor de dirigenție din care rezultă încasarea sumelor pentru contractul de dirigenție nr. 152 din 14.07.2011, inclusiv pentru constituirea și deblocarea garanției de bună execuție; rapoarte lunare în care se atestă faptul că societatea a înștiințat, în repetate rânduri, autoritatea contractantă cu privire la nerespectarea graficului de către constructor pentru contractul de dirigenție nr. 152 din 14.07.2011; minuta nr. 19076 din 07.12.2015 în care se specifica faptul că acel contract nr. 152 din 14.07.2011 va fi considerat reziliat de la data de 18.12.2015;

• prin adresa nr. 2280 din 17.07.2018, autoritatea contractantă a cerut .... (emitentul documentului constatator nr. 2 din 16.03.2016), date fiind mențiunile din documentul constatator amintit, să precizeze *„împrejurările și faptele care au condus la emiterea documentului constatator nr. 2 din 16.03.2016 [...] din care rezulta ca a fost reziliat contractul și dacă au fost stabilite sanctiuni/penalitati/daune/prejudicii"*, precum și să precizeze *„daca există Hotărâri Judecătorești definitive, care să fi anulat și/sau suspendat executarea actului adminsitrativ, respectiv a documentului constatator nr. 2 din 16.03.2016 emis de Consiliul Judetean Giurgiu"*;

• ....a răspuns prin adresa nr. 9479 din 17.07.2018, înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 2896 din 18.07.2018, astfel:

«1. ..... […].

Din analiza adresei dvs. Reiese ca operatorul economic .... a depus oferta pentru atribuirea unui contract de lucrari avand ca obiect atat realizarea proiectului ethnic, cat și executia lucrarilor aferente.

Astfel, fata de cele aratate anterior, considerăm necesar să precizăm faptul că, obiectul contractului pentru care a fost emis documentul constatator la care faceți referire este diferit de cel pentru care ați organizat procedura de atribuire, respectiv, este de prestare a serviciului de dirigenție de șantier aferentă obiectivului de investiție DJ

411, astfel cum reiese și din anunțul de participare nr. 120238/28.04.2011, și nu obiectul unui contract de lucrări (proiectare și execuție).

2.Obiectivul de investiții pentru care a fost prestat serviciul de dirigenție de șantier, a fost finanțat prin Programul Operațional Regional 2007-2013.

Constructorul lucrărilor nu și-a îndeplinit corespunzător obligațiile contractuale, lucrările nu au fost finalizate la termen, iar beneficiarul nu a putut accesa fonduri externe nerambursabile de cca. 15 milioane lei.

Constructorul a fost acționat în instanță de către beneficiar, respectiv, de către Consiliul Județean Giurgiu, pentru a se putea recupera prejudiciul cauzat.

Astfel, prejudiciul de 15 milioane lei, a fost stabilit prin raportare la valoarea lucrărilor nerealizate în termen, în mod corespunzător, de către constructorul lucrării, care nu a executat în termenul ofertat lucrările contractate, a căror realizare a fost urmărită de către ....

3. Documentul constatator pentru prestatorul de servicii s-a emis ca urmare a faptului că beneficiarul a considerat că neîndeplinirea corespunzătoare a obligațiilor contractuale de către acesta a fost una din cauzele care au condus la faptul că lucrările nu au fost finalizate la termen.

Prestatorul de servicii nu a contestat în termenul legal documentul constatator și astfel, nu există o Hotărâre definitivă de anulare și/sau suspendare a documentului constatator.»

În „Procesul-verbal analiză DUAE” nr. 4398 din 19.09.2018, au fost expuse pe larg argumentele membrilor majoritari ai comisiei de evaluare, rezultate din analiza actelor amintite mai înainte și avute în vedere în stabilirea concluziei în ce privește oferta asocierii .... - ...., respectiv neîncadrarea în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Având a mă pronunța asupra legalității acestei măsuri a autorității contractante, observ următoarele dispoziții ale Legii nr. 98/2016, în forma în vigoare la data inițierii acestei proceduri de achiziție publică:

- art. 167

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

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

(8) În sensul dispoziţiilor alin. (1) lit. g) se consideră încălcări grave ale obligaţiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformităţi majore care le fac improprii utilizării conform destinaţiei prevăzute în contract.”

- art. 171

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

(2) În cazul în care autoritatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilităţii, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire.

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

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

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

Pentru a exclude din discuție o astfel de ipoteză, amintesc că, potrivit minutei nr. 19076 din 07.12.2015, contractul nr. 152 din 14.07.2011 a fost considerat reziliat începând cu data de 18.12.2015, astfel încât nu devine incidentă dispoziția de la art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016 care stabilește cazul în care situațiile de excludere prevăzute la art. 167 nu se aplică. Astfel, constat că nici la data actelor autorității contractante, nici la data emiterii prezentei decizii, nu a expirat o perioadă de 3 ani de la data la care contractul nr. 152 din 14.07.2011 a fost considerat reziliat. Observ că textul de lege

face trimitere la *„data apariţiei situaţiei, săvârşirii faptei sau producerii evenimentului relevant”,* prin asta înțelegând rezilierea contractului (ca eveniment relevant) în legătură cu care a fost emis documentul constatator, și nu emiterea documentului constatator care, așa cum îi arată și denumirea, nu reprezintă decât o consemnare a unor fapte și acte deja petrecute.

Drept urmare, în stabilirea legalității actului atacat, voi avea în vedere dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016, citate mai sus, care stabilesc în ce condiții operează excluderea operatorului economic. Astfel, abordând coroborat cele două texte ale art. 167, concluzionez că, pentru a fi incident cazul de excludere arătat, este necesară îndeplinirea cumulativă a următoarelor condiții:

- operatorul economic şi-a încălcat în mod grav sau repetat obligaţiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziţii publice, al unui contract de achiziţii sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior;

- încălcare gravă a obligaţiilor contractuale poate fi considerată neexecutarea contractului ori livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformităţi majore care le fac improprii utilizării conform destinaţiei prevăzute în contract;

- aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancţiuni comparabile.

Astfel, pentru a decide dacă asocierea .... - .... a fost în mod legal păstrată în procedură, trebuie verificat și stabilit dacă, referitor la executarea de către aceasta a obligațiilor ce îi reveneau în baza contractului nr. 152 din 14.07.2011, încheiat cu Consiliul Județean Giurgiu, s-a făcut vinovată de încălcarea în mod grav sau repetat a obligațiilor sale principale și dacă această presupusă conduită a sa a condus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Din modul de exprimare a legiuitorului, în emiterea dispozițiilor coroborate ale art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016, constat că excluderea operează în situația în care sunt îndeplinite cumulativ condițiile amintite, respectiv conduita viciată a operatorului economic, conduită care să fi avut efectele amintite. Este de observat că legiuitorul nu a prevăzut că motivul de excludere operează de drept în situația în care, pentru operatorul economic respectiv, a fost emis un documentul constatator, de natura celui întâlnit în prezenta speță, fără a fi necesare alte verificări.

Este adevărat, așa cum se susține și în opinia majoritară, 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, însă important este a observa și că, potrivit aceleiași prevederi, legiuitorul nu a condiționat excluderea din procedură nici de existența unui document constatator ori a altui asemenea act emis de un client beneficiar al operatorului economic analizat. Mai simplu spus,

în textul dispozițiilor coroborate ale art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016, nu se condiționează excluderea operatorului economic de existența unui document constatator emis de vreun beneficiar al acestuia.

Potrivit art. 166 alin. (1) din HG nr. 395/2016, *„Autoritatea contractantă are obligaţia de a emite documente constatatoare care conţin informaţii referitoare la îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea obligaţiilor contractuale de către contractant/contractant asociat şi, dacă este cazul, la eventualele prejudicii, [...].”*, iar conform alin. (8) al aceluiași articol, *„Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligaţia de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condiţiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege.”*

Drept urmare, concluzia la care am ajuns în paragraful anterior dispozițiilor citate ale art. 166 din HG nr. 395/2016, este susținută de chiar textele regăsite în această prevedere. Astfel, dacă legiuitorul ar fi dorit ca excluderea operatorului economic să intervină ca efect al existenței pure și simple a unui document constatator emis în baza art. 166 alin. (1) din HG nr. 395/2016, ar fi prevăzut în mod clar această posibilitate. Însă, așa cum este înscris la art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016, decizia de respingere a unui ofertant pe baza unui document constatator, trebuie să fie precedată de o verificare obligatorie a faptului că acest document *„reflectă îndeplinirea condiţiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege.”*

Subliniez faptul că nici din conținutul documentului constatator și nici din textele de lege ce reglementează emiterea și efectele sale, nu rezultă ca efectul unui astfel de document este excluderea viitoare, din alte proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică, a operatorului economic pentru care a fost emis. Astfel, devine lipsit de relevanță dacă documentul constatator a fost sau nu anulat, faptul neatacării lui de către operatorul economic pentru care a fost emis neputând să-i confere efecte neprevăzute de lege.

Așadar, determinantă în excluderea din procedură a operatorului economic nu este existența documentului constatator, ci verificarea faptului că acest document reflectă îndeplinirea cumulativă a condițiilor regăsite la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Încă o dată subliniez că excluderea operează numai dacă sunt îndeplinite condițiile prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Mai mult, reţin faptul că, prin prevederile de la art. 171 alin. (1), (2) și (3), legea a stabilit dreptul și posibilitatea operatorului economic de a răsturna concluziile rezultând din incidența unui caz de excludere, prin furnizarea de dovezi care să arate că măsurile pe care le-a luat sunt suficiente pentru a-şi demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivul de excludere, în prezenta unor astfel de dovezi, pe

care autoritatea contractată să le considere suficiente, aceasta având posibilitatea legală de a nu exclude operatorul economic respectiv.

Observ, așadar, că legea a reglementat posibilitatea ca, chiar și în condițiile existenței reale a unui caz de excludere, operatorul economic să își poată demonstra, în concret, credibilitatea prin raportare la motivul de excludere, evitând astfel eliminarea sa din competiție.

Având în vedere toate aspectele expuse, constat că autoritatea contractantă din prezenta speță și-a manifestat rolul activ în verificarea îndeplinirii condițiilor care ar fi determinat, în mod legal, păstrarea ori excluderea din procedură a asocierii .... - ..... Astfel, aceasta a cerut clarificări atât ofertantei, cât și emitentului documentului constatator care a făcut necesare verificările respective.

Urmare acestora, autoritatea contractantă a fost în posesia Documentului constatator nr. 2 din 16.03.2016, emis de Consiliul Județean Giurgiu, în care sunt înscrise următoarele:

„7. Contractul a fost îndeplinit în mod corespunzător: Nu.

Daca Nu,

Motivatie/motivatii:

a. Documentele necesare derularii contractului nu au fost intocmite în mod corespunzator;

b. Colaborarea și comunicarea cu contractantul nu au fost bune;

c. Obligatiile asumate prin oferta tehnica nu au fost indeplinite corespunzator;

d. Nerespectarea termenelor contractuale de prestare servicii: din culpa;

f. rezilierea contractului: da.

8. Prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autoritatii contractante pe perioada derularii contractului (daca este posibil cuantificarea valorica a acestora)

Nerealizarea corespunzatoare a serviciului este una din cauzele care au facut ca lucrarile sa nu fie finalizate la termen și beneficiarul sa nu poata accesa fonduri nerambursabile de cca. 15 mil lei, urmand a finaliza investitia din fonduri proprii.”

Pe de altă parte, în urma solicitărilor de clarificări adresate ofertantei, autoritatea contractantă a mai fost și în posesia următoarelor documente referitoare la derularea aceluiași contract nr. 152 din 14.07.2011, în legătură cu care a fost emis documentul constatator:

- contractul nr. 152 din 14.07.2011, încheiat între autoritatea contractantă ....(achizitor) și asocierea .... – ... SRL (prestator) având ca obiect prestarea serviciilor de dirigenție de șantier (asigurarea verificării execuției corecte a lucrărilor de construcții) pentru obiectivul de investiții „...”; durata contractului a fost stabilită pe perioada cât vor dura lucrările de execuție pentru obiectiv, dar nu mai mult de 56 de luni;

- adresele nr. 767 din 20.01.2015, nr. 18373 din 19.11.2015, nr. 20563 din 18.12.2015 transmise de ....către ... SRL prin acesta din urmă este atenționat cu privire la ritmul necorespunzător al execuției

lucrărilor și cu privire la consecințele unei astfel de situații. În adresa nr. 20563 din 18.12.2015, ...menționează că *„Avand în vedere cele de mai sus, va aducem la cunostinta ca prin nefinalizarea la termen a lucrarilor s-a creat un prejudiciu de cel putin 15.000.000 lei, reprezentand contravaloarea lucrarilor pe care ... trebuie sa le sigure din fonduri proprii...”;*

- procesele-verbale de recepție nr. 19172 din 02.12.2011, nr. 20854 din 19.12.2011, nr. 8393 din 14.06.2012, nr. 10857 din 30.07.2012, nr. 2192 din 18.02.2013, nr. 8716 din 17.07.2013, nr. 8718 din 17.07.2013, nr. 9930 din 14.08.2013, nr. 9931 din 14.08.2013, nr. 15533 din 02.12.2013, nr. 20611 din 21.12.2015 încheiate cu ocazia recepționarii din punct de vedere cantitativ și calitativ a serviciului de dirigenție, prestat de ...., conform contractului nr. 152 din 14.07.2011; în toate aceste procese-verbale este menționat faptul că *„.... a prestat serviciul de dirigentie de santier, respectand cerintele cantitative și calitative specificate în caietul de sarcini ce face parte integranta din contractul mentionat mai sus.”*

- rapoarte lunare, emise de ...., pentru clientul Consiliul Județean Giurgiu, în legătură cu activitatea antreprenorului general asocierea SC ..., în care se precizează *„Pentru respectarea graficului de executie revizuit este necesara suplimentarea fortei de munca și a utilajelor pentru incadrarea în graficul de executie.”* (pentru perioadele martie 2014, aprilie 2014, mai 2014, august 2014) și *„Nota: forta de munca și numarul de utilaje este subdimensionat pentru incadrarea lucrarilor în graficul insusit de Constructor. Atragem atentia beneficiarului, ca în situatia în care lucrarile se desfasoara în aceleasi conditii, Constructorul nu va putea sa finalizeze lucrarile în termenul stabilit.”* (pentru perioadele decembrie 2014, ianuarie 2015, februarie 2015);

- situații de lucrări privind valoarea serviciilor de dirigenție prestate;

- minuta nr. 19076 din 07.12.2015 în care sunt înscrise următoarele:

««În cadrul întâlnirii s-au constatat, analizat și stabilit următoarele:

> au fost invitați să participe la întâlnire reprezentanții B..T .. Administrator judiciar al .. în insolvență, ..în insolvență, ...București dirigintele lucrării;

> la întâlnire s-au prezentat reprezentanți ai beneficiarului și un reprezentant al . - în insolvență, ceea ce arată dezinteresul constructorului și dirigintelui de șantier față de respectarea prevederilor contractuale;

> la acest moment se lucrează ta podețe ce acces în curți la Hotarele și Brânistari, lucrări nesemnificative față de volumul lucrărilor rămase de executat. Stadiu ce realizare a lucrărilor este ce cca. 80 %;

> durata de execuție a lucratelor expiră la 18 decembrie 2015 Penalitățile calculate de beneficiar sunt conform prevederilor contractuale. Din cauza nerespectării termenelor de realizare a

lucrărilor, beneficiarul pierde finanțarea externă nerambursabilă pentru lucrările rest de executat, cca. 15 mil lei. Pentru a nu returna banii primiți până la momentul actual din fonduri nerambursabile, beneficiarul trebuie să finalizeze lucrările din fonduri proprii;

> dacă inițial .. - în insolvență, prin Administrator judiciar B.... TEAM SRL - în insolvență, prin adresa nr. 1748 din 19.11.2015, ulterior prin adresa nr. 1766 din 27.11.2015, contestă legalitatea acestora fără să facă referire nici un moment la faptul că de luni de zile lucrările sunt practic abandonate, cu excepția unui volum mic de lucrări la podețe acces în curți;

> adresa transmisă de constructor pentru suspendarea executării lucrărilor, din cauza timpului nefavorabil, o considerăm cel puțin neserioasă. În cursul lunii decembrie 2015, vremea favorabilă a permis și permite, încă, executarea de lucrări;

> beneficiarul va executa, începând cu 18 decembrie 2015, garanțiile de bună execuție lucrări și de returnare a avansului deoarece, prin nerealizarea lucrărilor, s-a creat un prejudiciu de cel puțin 15 milioane lei din vina exclusivă a constructorului. De asemenea, beneficiarul va face uz de toate mijloacele legale pentru recuperarea întregului prejudiciu. Facem, mențiunea că durata de valabilitate a garanțiilor nu a fost prelungită conform prevederilor legale;

> beneficiarul va achiziționa, până la mijlocul acestei luni, serviciul "Evaluare lucrări executare pe DJ 411, inclusiv expertiză tehnică, unde este cazul și rest de executat, inclusiv remedieri degradări, pentru proiectul «.. .". Constructorul și dirigintele de șantier sunt rugați să desemneze reprezentanți pentru a participa la inventarierea lucrărilor;

> având în vedere faptul că durata de execuție a lucrărilor este până la 18 decembrie 2015 și faptul că acestea nu vor fi finalizate Dirigintele de șantier împreună cu reprezentantul Constructorului și Proiectantul vor trebui să completeze Cartea tehnică a construcției cu ... documentele prevăzute de reglementările legale și să le predea Beneficiarului;

> după data de 18 decembrie 2015, atât contractul de execuție lucrări nr. 217/2011, cât și cel de servicii de dirigenție de șantier nr. 152/2011 vor fi considerate reziliate.»»

Observ, așadar, faptul că din niciunul dintre documentele prezentate de ...., în legătură cu executarea contractului nr. 152 din 14.07.2011, nu rezultă încălcarea, de către aceasta, în mod grav sau repetat, a obligațiilor principale contractuale.

Mai mult, reținn că, în minuta nr. 19076 din 07.12.2015, s-a consemnat, în mod expres, că *„prin nerealizarea lucrărilor, s-a creat un prejudiciu de cel puțin 15 milioane lei din vina exclusivă a constructorului",* nefiind reținută vreo culpă a prestatorului serviciilor de dirigenție de șantier în situația ce a determinat atât rezilierea contractului de lucrări, cât și a celui de dirigenție de șantier.

Mai mult, la solicitarea expresă a autorității contractante din prezenta procedură, adresată ...., de a preciza *„împrejurările și faptele*

care au condus la emiterea documentului constatator nr. 2 din 16.03.2016 [...] din care rezulta ca a fost reziliat contractul și dacă au fost stabilite sanctiuni/penalitati/daune/prejudicii”, precum și de a preciza *„daca există Hotărâri Judecătorești definitive, care să fi anulat și/sau suspendat executarea actului adminsitrativ, respectiv a documentului constatator nr. 2 din 16.03.2016 emis de Consiliul Judetean Giurgiu”*, acesta din urmă nu a înțeles să evoce modul în care .... și-a încălcat, în mod grav sau repetat, obligaţiile principale decurgând din contractul nr. 152 din 14.07.2011. Mai mult, constat că, în adresa nr. 9479 din 17.07.2018, înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 2896 din 18.07.2018, prin care ....a răspuns cererii acesteia, nu sunt nici măcar reluate motivele pentru care s-a reținut că a fost îndeplinit necorespunzător contractul nr. 152 din 14.07.2011 (așa cum apar înscrise în documentul constatator nr. 2 din 16.03.2016). În respectiva adresă, explicațiile .... se referă la activitatea defectuoasă a executantului lucrărilor, fiind făcută mențiunea că pentru recuperarea prejudiciul cauzat a fost acționat în instanță constructorul. În încheierea răspunsului său, ...arată că *„Documentul constatator pentru prestatorul de servicii s-a emis ca urmare a faptului că beneficiarul a considerat că neîndeplinirea corespunzătoare a obligațiilor contractuale de către acesta a fost una din cauzele care au condus la faptul că lucrările nu au fost finalizate la termen.”* Observ, prin urmare, că, din afirmația ...., rezultă că documentul constatator în discuție a fost emis pentru că s-a considerat că .... nu și-a îndeplinit corespunzător obligațiile contractuale, și nu pentru că au existat fapte și probe concrete care să reflecte această pretinsă realitate.

Având în vedere toate aspectele expuse, constat că autoritatea contractantă, în prezenta speță, a fost în posesia unor informații contradictorii în ceea ce privește conduita .... în executarea contractului nr. 152 din 14.07.2011.

Astfel, în documentul constatator nr. 2 din 16.03.2016 sunt înscrise fapte ale acestui operator economic pentru care s-a stabilit îndeplinirea necorespunzătoare a contractului nr. 152 din 14.07.2011, având drept consecință rezilierea contractului.

Pe de altă parte, din documentele cunoscute de autoritate ca urmare a clarificărilor cerute, nu rezultă existența consemnată a unei astfel de realități decurgând din activitatea ...., răspunsul .... fiind edificator în dezlegarea prezentei pricini.

Văzând că, potrivit dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă este ținută la a stabili dacă sunt întrunite condițiile cumulative, astfel încât, în mod legal să fie decisă excluderea din procedură a operatorului economic, constat că, în mod corect, comisia de evaluare a înțeles să rețină aspectele rezultate din probatoriul administrat, probatoriu care nu susține conținutul documentului constatator.

Așa cum precizam mai înainte, simpla existență a documentului constatator nu reprezintă motiv valid și legal de excludere a

operatorului economic, legea impunând ca situația reflectată de respectivul document să îndeplinească, în mod cumulativ, condițiile de la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Or, autoritatea în cauză a înțeles să realizeze verificări cu privire la acte și fapte care, aparent, au determinat emiterea documentului constatator, pentru a stabili dacă acesta reflectă îndeplinirea condiţiilor cumulative necesare excluderii (așa cum impun prevederile art. 166 alin. 8 din HG nr. 395/2016).

Trebuie menționat faptul că nici examinarea realizată de autoritatea contractantă și nici prezenta motivare nu reprezintă verificări ale legalității documentului constatator, o astfel de verificare fiind, fără îndoială, de competența instanței de judecată.

Demersul autorității contractante, așa cum este analizat în prezenta motivare, reprezintă aplicarea dispozițiilor legale coroborate ale art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016 și art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Decizia contestată a autorității contractante, precum și prezentele considerente au fost determinate de faptul că probele obținute de autoritate nu au făcut posibilă, fără dubiu, concluzia că documentul constatator reflectă îndeplinirea condiţiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, astfel încât, în mod legal, să fie decisă excluderea din procedură a asocierii având ca lider pe .....

Or, având în vedere o astfel de situație, precum și dispoziția de la art. 171 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 *(„În cazul în care autoritatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilităţii, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire.”)*, constat că, în mod legal și proporțional, autoritatea contractantă a stabilit păstrarea în competiție a asocierii .... - ...., concluzionând, cu votul majorității comisiei de evaluare că, aceasta nu se află în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Referitor la invocarea, în opinia majoritară, a relevanței deciziei Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor nr. 568/C5/443 din 16.03.2017 și a deciziei nr. 515/R-CONT din data de 04.05.2017, prin care Curtea de Apel Pitești a respins plângerea formulată de .... împotriva acestei decizii a Consiliului, fiind menținută decizia autorității contractante Consiliul Local Poiana Lacului de respingere a ofertei depusă de .... în considerarea aceluiași document constatator nr.2/16.03.2016, reţin chiar considerentele din cele două decizii, conform cărora *„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.”* (decizia CNSC), respectiv *„Referitor la jurisprudenta invocata de petenta, ca și practica în materie, Curtea constata ca dezlegarile date prin deciziile mentionate nu pot fi retinute în cauza, intrucat fiecare litigiu are*

specificul sau, un probatoriu anume administrat în fiecare cauza în parte, dar și pentru faptul ca în dreptul romanesc precedentul judiciar nu constituie izvor de drept.” (decizia Curții de Apel Pitești).

Mai mult, din considerentele celor două decizii amintite, pronunțate de Consiliu și de Curtea de Apel Pitești, nu rezultă că probatoriul avut în vedere în soluționări a fost cel examinat în prezenta speță, astfel încât aceste decizii să fie relevante în prezenta soluționare.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, consider ca ar trebui respinsă ca nefondată contestația depusă de ...., în calitate de lider al asocierii .... - .....

Față de cele reținute mai sus cu ocazia analizării fondului cauzei, stabilesc că cele evocate în cererea de intervenție depusă de ....sunt întemeiate, astfel încât aceasta ar trebui admisă.

În baza art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, consider că cererea intervenientei ....de obligare a contestatoarei la plata de cheltuieli de judecată trebuie respinsă ca nedovedită.

PREȘEDINTE COMPLET,