



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. 26/01.04.2022, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 17175/01.04.2022, formulată de către ... S.R.L., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată convențional prin ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor procedurale în ..., împotriva rezultatului procedurii de achiziție publică organizată către ..., cu sediul în ..., sat ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „*Acord – cadru având ca obiect execuția lucrărilor aferente obiectivului de investiții: «MODERNIZARE PRIN ASFALTARE DRUMURI DE INTERES LOCAL ÎN ...»*”, se solicită anularea Raportului procedurii nr. 2904/25.03.2022 și Adresei nr. 2907/25.03.2022 privind comunicarea rezultatului procedurii prin care oferta ... S.R.L. a fost exclusă de la procedură, reluarea procedurii de atribuire cu luare în considerare a ofertei sale, precum și obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ... S.R.L. critică decizia autorității contractante prin care oferta sa a fost exclusă de la procedură solicitând cele prezentate în preambulul prezentei decizii.

Prin adresa nr. 26/01.04.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 17175/01.04.2022, ... S.R.L., în calitate de ofertant exclus de la procedură, în temeiul art. 10 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, formulează *contestație* împotriva Raportului procedurii nr. 2904/25.03.2022, inclusiv

împotriva Adresei nr. 2907/25.03.2022 prin care oferta sa a fost exclusă de la procedură, prin care solicită:

1) constatarea că excluderea asocierii sale este nelegală și anularea Raportului procedurii nr. 2904/25.03.2022, inclusiv a Adresei nr. 2907/25.03.2022 privind comunicarea rezultatului procedurii;

2) dispunerea ca autoritatea contractantă să reia procedura de atribuire cu luarea în considerare a ofertei sale;

3) obligarea autorității contractantă la plata cheltuielilor de judecată.

Contestatoarea precizează că, prin Raportul procedurii nr. 2904/25.03.2022, oferta sa a fost respinsă ca fiind inacceptabilă/neconformă/neadecvată în temeiul art. 167 lit. g) din Legea nr. 98/2016. Prin Adresa nr. 2907/25.03.2022 i s-a comunicat că oferta sa este inacceptabilă, fiind exclusă de la procedură, argumentele concrete ale măsurii fiind inserate în acest act.

Aceasta consideră că, dincolo de inadvertențele procedurale și confuziile în privința calificării ofertei sale, soluția autorității contractante este nelegală din prisma următoarelor 3 aspecte:

1) autoritatea contractantă a interpretat și a aplicat în mod greșit starea de fapt și de drept indicate în DUAЕ la rubrica C, privind abaterile profesionale;

2) excluderea în mod automat a asocierii sale, fără parcurgerea procedurii de clarificare, obligatorie, prevăzută de art. 171 din Legea nr. 98/2016 este nelegală;

3) prin măsura excluderii a fost încălcat principiul proporționalității prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016.

1) Contestatoarea apreciază că, prin Raportul procedurii atacat, comisia de evaluare a constatat doar îndeplinirea condiției prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, fără să detalieze și să argumenteze măsura luată. Argumentarea se află în Adresa nr. 2907/25.03.2022, din care rezultă, în mod evident, că starea de fapt și de drept existentă și declarată în DUAЕ a fost greșit reținută de către comisia de evaluare.

... S.R.L. susține că, așa cum rezultă din conținutul DUAЕ, a menționat că, prin Sentința nr. 1552/2019 a Tribunalului ..., menținută de Curtea de Apel Târgu Mureș, pct. 9 din Documentul constatat nr. 12941/11.06.2019 în privința prejudiciului a fost anulat.

Aceasta adaugă că, așa cum rezultă din Adresa nr. 2907/25.03.2022, motivul de excludere principal al excluderii - fiind accentuat chiar - îl constituie existența prejudiciului indicat în documentul constatat, autoritatea contractantă făcând abstracție de cele declarate. Mai mult, s-a analizat inclusiv „antrenarea răspunderii civile delictuale” a sa, în condițiile în care nu există nicio asemenea răspundere.

De asemenea, contestatoarea apreciază că, în privința constatării autorității contractante că „Analizând DUAЕ-ul prezentat de SC ... SRL se constată faptul că documentul constatat nr. 12941 din 11.06.2019 emis de ... este emis cu respectarea legislației în vigoare în materia achizițiilor publice”, aceasta este vădit greșită.

Aceasta consideră că, în primul rând, autoritatea contractantă nu are nici o atribuție în privința verificării legalității unui act emis de o altă autoritate contractantă, în al doilea rând, constatarea este superflua în condițiile în care cenzura verificării legalității acestui act a fost efectuată de instanțe judecătorești competente și s-a dispus anularea parțială a acestuia, aspect neluat în considerare de către autoritatea contractantă.

Astfel, contestatoarea subliniază că, în Dosarul nr. 1139/96/2019 al Tribunalului ... s-a verificat abaterea constând din refuzul - din rațiuni financiare - societății ... S.R.L. de a semna al 8-lea Contract subsecvent a Acordului cadru nr. 23/17899/02.08.2017. Soluția instanței a fost: *„Admite în parte cererea de chemare în judecată formulată de reclamanta SC ... SRL, în contradictoriu cu pârâții UAT ...și ..., și în consecință, Anulează punctul 9 din documentul constatator nr. 12941 din 11.06.2019, referitor la prejudiciul adus autorității contractante, urmând a respinge celelalte petite ca neîntemeiate”*.

Aceasta menționează că punctul 9 din documentul constatator, în privința prejudiciului a fost anulat, în totalitate, deși s-au menținut precizările de la pct. 8 cu privire la împrejurarea că contractul de achiziție nu a fost îndeplinit în mod corespunzător, nu există prejudiciu produs autorității contractante. Prin decizia pronunțată în recurs nu s-a schimbat deloc hotărârea instanței de fond. Contestatoarea susține că abaterea constând din faptul că, din motive financiare - majorarea prețurilor - a refuzat încheierea celui de-al 8 lea contract subsecvent, în contextul juridic actual nici nu constituie abatere, deoarece, conform OG nr. 15/2021, ar fi avut dreptul la aceste majorări.

Mai mult, documentul constatator negativ - singurul emis pe seama societății sale - trebuia interpretat și din prisma întregului acord-cadru nr. 23/17899/02.08.2017. Pe baza acestui acord-cadru au fost încheiate, în urma îndeplinirii în mod corespunzător a obligațiilor stabilite în 7 contracte subsecvente, 7 procese-verbale de recepție la terminarea lucrărilor, fără nici o obiecțiune din partea autorității contractante. Astfel, nesemnarea unui singur contract subsecvent, în cadrul acordului-cadru, chiar dacă există acel certificat constatator cu conținut negativ și implicit hotărârile judecătorești aferente, nu trebuie luat și interpretat în mod izolat de către autoritatea contractantă.

Aceasta consideră că profesionalismul și caracterizarea activității sale, din prisma criteriilor de calificare și selecție - pe baza unui singur certificat constatator negativ, în condițiile în care chiar și la nivelul aceleiași autorități contractante, implicit pe baza aceluiași acord-cadru au fost derulate și finalizate, fără obiecțiuni, numeroase lucrări, reflectă o caracterizare nereală și nelegală a activității societății ... S.R.L.

De asemenea, contestatoarea apreciază că problema a fost tranșată la nivelul C.N.S.C. și la Curtea de Apel Târgu Mureș în multiple cauze, fiind încheiate ulterior contracte cu aceeași autoritate contractantă, ...- în pofida acestei abateri din trecut.

Mai mult, aceasta consideră că analiza autorității contractante în privința posibilității aplicării art. 166 din Legea nr.98/2016 de către autoritatea contractantă emitentă a documentului constatator este

inadecvată și irelevantă în cazul ofertei sale. Pentru aceste motive, starea de fapt și de drept reținută de comisia de evaluare și care a determinat excluderea asocierii sale este greșită și nelegală.

2) ... S.R.L. susține că, așa cum rezultă din argumentele de excludere menționate în Raportul procedurii nr. 2904/25.03.2020, comisia de evaluare a procedat, în mod nelegal, la excluderea sa automată, în condițiile în care chiar în DUAE aceasta a făcut mențiune despre măsurile luate pentru demonstrarea fiabilității societății sale. Astfel, comisia de evaluare nu a efectuat nicio clarificare proprie și nu a acordat societății ... S.R.L. posibilitatea de a furniza dovezi pentru demonstrarea credibilității sale, conform art. 171 din Legea nr. 98/2016, în pofida faptului că există acel precedent cu privire la societatea ... S.R.L., din moment ce societății nu i s-a interzis, prin hotărâre judecătorească de a participa la proceduri de achiziții publice. În acest sens, autoritatea contractantă, în raport cu toate experiențele și documentele avute la dispoziție, trebuia să analizeze în mod obiectiv măsurile luate de contestatoare și doar în urma verificării să se pronunțe asupra abaterii sale.

Astfel, aceasta invocă următoarele decizii pentru situații identice: Decizia C.N.S.C. nr. 605/C2/508/13.04.2020 și Decizia Curții de Apel Târgu Mureș nr. 210/R/09.06.2020.

Jurisprudența, atât cea națională cât și europeană este constantă în privința faptului că măsura de excludere a unui operator economic nu poate fi automată, ci trebuie să fie precedată de o acordare de posibilitate a ofertantului de a anihila efectele motivului de excludere. În acest sens se invocă Decizia CJUE din data de 03.10.2019 în cauza C-267/18, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul art. 267 TFUE de Curtea de Apel București (Romania), în procedura Delta Antrepriza de Construcții și Montaj 93 SA împotriva Companiei Naționale de Administrare a Infrastructurii Rutiere S.A., prin care instanța europeană a dispus: *„Înainte de a pronunța o astfel de excludere, autoritatea contractantă trebuie însă, în conformitate cu articolul 57 alineatul (6) din această directivă coroborat cu considerentul (102) al directivei menționate, să lase posibilitatea acestui operator economic să prezinte măsurile corective pe care le-a adoptat ca urmare a rezilierii contractului de achiziții publice anterior”*.

Astfel, argumentele acestei soluții derivă din voința expresă a legiuitorului european, materializată în art. 57 alin. (6) din Directiva 2014/24, transpusă în legislația națională în art. 171 alin. (1) din Legea nr. 98/2016. Instanța europeană a constatat că: *„Articolul 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24 trebuie interpretat în sensul că subcontractarea de către un operator economic a unei părți din lucrări în cadrul unui contract de achiziții publice anterior, decisă fără consimțământul autorității contractante și care a condus la rezilierea acestui contract, constituie o deficiență semnificativă sau persistentă la îndeplinirea unei cerințe de fond aferente contractului de achiziții publice menționat, în sensul dispoziției respective, și este, așadar, de natură să justifice excluderea acestui operator economic de la participarea la o procedură de achiziție publică ulterioară dacă, după ce a procedat la*

propria evaluare a integrității și a fiabilității operatorului economic vizat de rezilierea contractului de achiziții publice anterior, autoritatea contractantă care organizează această procedură de achiziție publică ulterioară apreciază că o astfel de subcontractare determină ruperea legăturii de încredere cu operatorul economic în cauză. Înainte de a pronunța o astfel de excludere, autoritatea contractantă trebuie însă, în conformitate cu articolul 57 alineatul (6) din această directivă coroborat cu considerentul (102) al directivei menționate, să lase posibilitatea acestui operator economic să prezinte măsurile corective pe care le-a adoptat ca urmare a rezilierii contractului de achiziții publice anterior.”

Contestatoarea reiterează că, având în vedere că motivul de excludere din cauza sa se încadrează în prevederile art. 57 alin. (4) lit. g) din Directiva 2014/24, pentru rațiuni similare, argumentele și dispozițiile CJUE sunt adecvate speței sale.

De asemenea, aceasta aduce în discuție și Hotărârea CJUE din data de 30.01.2020 în cauza C-395/18, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Tribunalul Administrativ Regional din Lazio, Italia), în procedura *Tim SpA-Direzione e coordinamento Vivendi SA împotriva Consip SpA, Ministero dell'Economia e delle Finanze*, aceeași instanță europeană a dispus ca: *”Articolul 57 alineatul (4) litera (a) din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE nu se opune unei reglementari naționale în temeiul căreia autoritatea contractantă are posibilitatea sau chiar obligația de a exclude operatorul economic care a depus oferta de la participarea la procedura de achiziții publice în cazul în care motivul de excludere prevăzut de această dispoziție este constatat în privința unuia dintre subcontractanții menționați în oferta acestui operator, în schimb, dispoziția menționată coroborată cu articolul 57 alineatul (6) din această directivă, precum și principiul proporționalității se opun unei reglementari naționale care prevede caracterul automat al unei astfel de excluderi”.*

Contestatoarea menționează că, în armonie cu practica europeană, C.N.S.C. într-o cauză similară, prin Decizia nr. 404/C11/282/15.03.2019 a constatat că *”se impune ca autoritatea contractantă să facă aplicarea dispozițiilor art. 171 din Legea nr. 98/2016, respectiv să solicite contestatoarei să furnizeze dovezi care să arate că aceasta a luat măsuri suficiente pentru a-și demonstra credibilitatea prin raportare la măsurile de excludere Consiliul apreciază că în speță, se impune ca autoritatea contractantă, să solicite contestatoarei, în temeiul dispozițiilor art. 209 din Legea nr. 98/2016, coroborate cu prevederile art. 134 din HG nr. 395/2016, clarificări în legătură cu documentul constatat în discuție, înainte de a exclude oferta acesteia din procedura de atribuire.”*

De asemenea, într-o altă decizie, C.N.S.C. a constatat că *„sanțiunea aplicată de legiuitor este una drastica, excluderea din procedurile de achiziție echivalând, în multe cazuri cu dispariția operatorului economic aflat în această situație. Prin urmare, legislația achizițiilor impune aplicarea cu prudență a acestui articol ... În același timp, prevederile art. 171 din*

Legea nr. 98/2016 stabilesc și o serie de clauze atenuante, chiar și în situația în care încălcările sunt grave." C.N.S.C. a mai reținut că „prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) nu trebuie utilizate ca un instrument de excludere a oricărui operator economic care a greșit la un moment în contextul îndeplinirii unui contract", mai ales ca în cazul contestatoarei, refuzul de a semna contractul a avut rațiuni obiective, certe.

Aceasta reiterează că, așa cum rezultă din întreaga activitate a societății sale, exemplificată cu perioada din ultimii 2 ani, se poate deduce seriozitatea și profesionalismul cu care își desfășoară activitatea. Abaterea invocată și constatată prin Documentul constatat nr. 12941/11.06.2019 emis de UAT ...este un caz izolat, o excepție de la regula îndeplinirii în mod corespunzător a obligațiilor asumate în cadrul multiplelor proceduri de achiziție publică. Contestatoarea adaugă că, în perioada 2017-2020, a demarat și sunt în curs de derulare 57 prin care oferta sa a fost exclusă de la procedură la o valoare totală de cca. 117.912.877 lei.

În acest context profesional, aceasta consideră că „abaterea gravă" ce derivă din Documentul constatat nr. 12941/11.06.2019 este una minoră și, în cadrul unor clarificări, societatea sa putea demonstra în concret credibilitatea pentru derularea procedurii la care a formulat oferta și astfel excluderea nu ar fi fost necesară.

Având în vedere că această etapă obligatorie nu a fost parcursă de către autoritatea contractantă, societății excluse i s-a privat acest drept fundamental în procedura de achiziție. Dacă autoritatea contractantă ar fi parcurs această etapă obligatorie, contestatoarea ar fi demonstrat cu înscrisuri credibilitatea sa - inclusiv cu proiectele derulate/în derulare la aceeași autoritate contractantă - că executarea contractului de lucrări pentru care a depus oferta, ar fi finalizată cu succes, oferta fiind depusă împreună cu alți 2 operatori economici.

Contestatoarea subliniază că preambulul Directivei nr. 2014/24 la (102) prevede că operatorii economici să aibă posibilitatea „remedierii consecințelor abaterilor și prevenirea în mod eficient a repetării acestora În cazul în care aceste măsuri oferă garanții suficiente, operatorul economic în cauză nu ar mai trebui să fie exclus doar din aceste motive."

Aceasta susține că posibilitatea repetării abaterii invocate, respectiv nesemnarea unui contract subsecvent, este imposibil de a fi săvârșită în cadrul acestei proceduri, în contextul în care există legislație specială privind ajustarea prețurilor contractate.

Astfel, contestatoarea indică faptul că doctrina de specialitate, întărită de practica C.N.S.C., a detaliat pașii urmați în cazul în care autoritatea contractantă se confruntă cu analiza ofertei unui operator economic susceptibil de a fi exclus din procedura de atribuire: „Posibile măsuri întreprinse: analiza corespunzătoare a tuturor documentelor existente în oferta acestuia, în scopul încadrării legale pe motivul de excludere incident și nu pe unul eronat; solicitarea unor clarificări pertinente și individualizate pe situația juridică a ofertantului; înaintarea documentelor depuse, pentru analiza juridică, către un terț (expert), în măsura în care Comisia de evaluare nu are capacitatea interpretării juridice corecte.

Cu privire la subiectul dezbătut în articolul de față există și practica CNSC, aceasta fiind, totodată, o îndrumare pentru aplicarea unitară a normelor legale: B02017_2701, B02017_2727, B02017_3566, B02017_5576. O analiză vizând argumentația Consiliului în conținutul deciziilor sus-enunțate, trasează următoarele concluzii:

- voința legiuitorului cuprinsă în art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 trebuie interpretată prin corelare cu definiția legală a abaterii profesionale;

- existența a două situații reglementate de către legiuitor: aceea în care există o hotărâre definitivă prin care s-a dispus interzicerea dreptului de a participa la proceduri de atribuire și cea în care nu există o hotărâre definitivă prin care s-a dispus o astfel de măsură".

Contestatoarea afirmă că, anterior respingerii unei oferte, autoritatea contractantă trebuie să aibă certitudinea, mai mult dovada, că o abatere săvârșită anterior de ofertant, este de natură să îl împiedice pe acesta la ducerea la îndeplinire a contractului atribuit. Dovezile și măsurile la care se referă legiuitorul nu sunt cele referitoare la abatere - ci la demonstrarea credibilității ofertantului în pofida motivului de excludere. În sprijinul acestei opinii, contestatoarea invocă și doctrina de specialitate: „Dispozițiile legale stabilesc pentru prima dată și așa-zisul mecanism de «autocurățare» (self cleaning) care permite operatorului economic să își demonstreze capacitatea de a se califica pentru participarea la procedura de atribuire, în ciuda existenței unor motive de excludere."

... S.R.L. consideră că, în acest context faptic și juridic, din care rezultă în mod expres intenția legiuitorului, atât cel european cât și național, omisiunea de către autoritatea contractantă a procedurii de clarificare, prevăzută de art. 171 din Legea nr. 98/2016 și excluderea automată a ofertei sale este nelegală.

3. În ceea ce privește al treilea aspect, contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă a încălcat în mod vădit principiul elementar al achizițiilor publice, cel al proporționalității, prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016. Acest fapt a apărut din cauza nerespectării procedurii de clarificare prevăzută de art. 171 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, deoarece comisia de evaluare nu a efectuat o corelare în detaliu între abaterea constatată anterior și activitatea și profesionalismul general concret al societății ... S.R.L.

Contestatoarea reiterează că, așa cum s-a conturat în literatura și practica în materia achizițiilor publice, principiul proporționalității, ca principiu fundamental al oricărei proceduri de achiziție publică, presupune corelarea dintre: necesitățile autorității contractante, obiectul contractului de achiziție publică, cerințele care trebuie îndeplinite de ofertanți pentru satisfacerea necesităților autorității contractante - raportat la obiectul contractului de achiziție publică. Principiul proporționalității presupune, printre altele, 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. Practica CJUE, atât pe dispozițiile vechii Directive (2004/18/CE) dar și pe cele actuale, este unitară în sensul că încălcarea

vădită a principiului proporționalității subzistă în cazul excluderii automate din procedură.

Contestatoarea exemplifică cu cauza C-171/15, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Hoge Raad der Nederlanden (Curtea Supremă a Țărilor de Jos), prin decizia din 27.03.2015, primită de Curte la 15.04.2015, în procedura Connexxion Taxi Services BV împotriva Staat der Nederlanden - Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, Transvision BV, Rotterdamse Mobiliteit Centrale RMC BV, Zorgvervoercentrale Nederland BV, instanța europeană a dispus: *„Dreptul Uniunii, în special articolul 45 alineatul (2) din Directiva 2004/18/CE privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, nu se opune ca o reglementare națională precum cea în discuție în litigiul principal să oblige o autoritate contractantă să analizeze, în conformitate cu principiul proporționalității, dacă trebuie realizată efectiv excluderea de la un contract de achiziții publice a unui candidat care se face vinovat de o abatere profesională gravă.”*

Contestatoarea consideră că este esențial ca, în activitatea sa, comisia de evaluare să respecte principiile egalității de tratament și proporționalității, efectul acestora în asigurarea securității juridice a procedurii de atribuire fiind influențat, în mod direct, de evaluarea individuală a ofertanților, prin filtrul documentelor înaintate de către aceștia și, ulterior, clarificate de comisia de evaluare.

Aceasta adaugă că există o disproporție vădită între abaterea săvârșită - în pofida celor constatate de către instanțele judecătorești în privința caracterului acesteia - consecințele concrete ale acesteia și excluderea ofertei asocierii sale de la procedură.

Astfel, aceasta susține că, ulterior rezilierii acordului-cadru, autoritatea contractantă a încheiat un alt contract, evident la un preț mai ridicat (ceea ce dovedește inclusiv motivul întemeiat al refuzului său de a semna contractul subsecvent).

În schimb, excluderea societății sale de la procedură, fiind cea mai drastică sancțiune în cadrul unei asemenea proceduri denota un dezechilibru esențial, o disproporție vădită între drepturile și valorile protejate de lege în privința participanților la procedură.

În concluzie, contestatoarea consideră că excluderea sa este nelegală atât procedural, fără parcurgerea procedurii de verificare a credibilității sale, cât și pe fond, fiind reținute aspecte nereale în privința abaterii și a stării de drept, astfel că se impune admiterea contestației.

În drept, aceasta își întemeiază criticile pe art. 10 din Legea nr. 101/2016 și art. 171 din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa nr. 3291/05.04.2022, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 17603/05.04.2022, ... formulează, în condițiile prevăzute de art. 18 din Legea nr. 101/2006, în termenul legal, *punct de vedere* prin care, în temeiul art. 26, alin. (2) din Legea nr. 101/2016 solicită Consiliului respingerea contestației ... S.R.L. că fiind inadmisibilă, nefondată și netemeinică.

Autoritatea contractantă prezintă câteva elemente ale procedurii de achiziție. Prezenta evaluare a procedurii de achiziție respectă, în primul rând, prevederile și principiile esențiale ale achizițiilor publice, în ceea ce privește:

- a) Nediscriminarea
- b) Tratatul egal
- c) Recunoașterea reciprocă
- d) Transparența
- e) Proportionalitatea
- f) Asumarea răspunderii.

Autoritatea contractantă, ..., a organizat procedura de atribuire a acordului - cadru având ca obiect execuția lucrărilor aferente obiectivului de investiții „Modernizare prin asfaltare drumuri de interes local în ..., județul ...”, anunț de participare simplificat nr. SCN1092155/01.09.2021, în valoare de 9.523.223,47 lei, fără TVA, sursa de finanțare fiind bugetul local. Criteriul de atribuire este prețul cel mai scăzut, iar durata acordului - cadru este de 36 de luni.

Operatorii economici participanți la procedură au avut termen de depunere a ofertelor la sediul autorității contractante data de 11.10.2021, orele 15:00. În cadrul procedurii, au depus oferta în SICAP 7 (șapte) operatori economici, respectiv:

- ... S.R.L.
- ASOCIEREA ...
- ASOCIEREA ..
- ... S.R.L.
- ... S.R.L.
- ... S.R.L. cu terț susținător ...
- ... S.R.L.

Datele de identificare ale ofertanților au fost publicate în SEAP în data de 11.10.2021 orele 15:05.

În urma derulării procesului de evaluare aferent procedurii s-a încheiat Raportul procedurii nr. 2094/25.03.2022, în vederea atribuirii acordului - cadrul având ca obiect „*Modernizare prin asfaltare drumuri de interes local în ..., județul ...*”. În urma transmiterii comunicării privind rezultatul procedurii, ofertantul ... S.R.L. a făcut uz de prevederile art. 8 și următoarele din Legea nr. 101/2016 și a contestat rezultatul evaluării.

În continuare, autoritatea contractantă redă criticile din conținutul contestației depuse la Consiliu de către ... S.R.L.

Cu privire la motivele invocate și criticile contestatoarei, achizitoarea solicită respingerea contestației ca neîntemeiată, pentru următoarele aspecte:

În subsidiar, aceasta aduce la cunoștința Consiliului faptul că oferta ... S.R.L. nu mai este de actualitate, aceasta pierzându-și valabilitatea la data de 14.02.2022, așa cum reiese și din scrisoarea de garanție de participare nr. 34GPL2021- 577/08.10.2021. Achizitoarea afirmă că societatea contestatoare nu a depus diligențe în ceea ce privește prelungirea scrisorii de garanție, acest fapt fiindu-i imputabil și, astfel, este evident că nu a existat, manifestarea de voință privind menținerea ofertei

și a calității de ofertant, ce ar fi condus la valabilitatea ofertei. În acest sens, autoritatea contractantă consideră că ... S.R.L. și-a pierdut calitatea de ofertant, iar valabilitatea poliței de garanție de participare fiind expirată, se constată că ofertei depuse îi lipsește un element important. Astfel, achizițioarea indică drept temei legal al afirmațiilor sale, prevederile art. 124 din H.G. nr. 395/2016, dispoziții legale ce nu au fost respectate de către contestatoare.

Pentru a combate aspectele expuse de către ... S.R.L. în contestația depusă, aceasta reiterează cele expuse prin Procesul verbal de evaluare privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAЕ și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare nr. 7791 din 15.10.2021, respectiv: *„Analizând DUAЕ-ul prezentat de SC ... S.R.L. se constată faptul că documentul constatator nr. 12941 din 11.06.2021 emis de ... este emis cu respectarea legislației în vigoare în materia achizițiilor publice, fiind constată pe seama SC ... S.R.L. existența unei abateri grave. Competența comisiei de evaluare, în situația dată, este de a verifica dacă ofertantul se afla în cazul de excludere prevăzut de art. 167, alin. 1, lit. g din Legea 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.*

Conform articolului menționat, autoritatea contractantă exclude din procedură orice operator economic care și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune interese sau alte sancțiuni complementare. Or, în cazul ofertantului SC ... S.R.L. există emis un document constatator negativ care consemnează caracterul grav al neexecutării obligațiilor contractuale, cu caracter obligatoriu, executoriu și produce efectele juridice pentru care a fost emis. La punctul 8 al documentului constatator se specifică: *«s-a reziliat Acordul cadru nr. 23/17899/02.08.2017 prin notificarea nr. 12565 din 05.06.2019 în temeiul pct. 10.1, lit. c și pct. 10.3 din Acordul cadru nr. 23/17899 din 02.08.2017 având ca obiect stabilirea elementelor condițiilor esențiale care vor guverna contractele de lucrări subsecvente ce vor avea ca obiect "Întreținere curentă și periodică - plombări și covoare bituminoase - pe drumurile județene - ..., pentru perioada 2017 - 2020, pentru Lot nr. 1 precum și a art. 1321, art. 1549 și urm. din Legea 287/2009 republicată, cu modificările ulterioare».* La punctul 9 Prejudicii care au fost sau care ar fi putut aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului ... precizează că prejudiciul cuantificabil este de 591.421,23 lei fără TVA, respectiv valoarea contractului subsecvent pe care contractantul a refuzat să îl semneze.

Prin articolul 166 din HG 395/2016 s-a reglementat dreptul autorității de a constata modul de executare a obligațiilor asumate de operatorul economic, scopul documentului constatator fiind acela de apărare a autorităților contractante împotriva unui comportament abuziv al prestatorului în cadrul procedurilor de atribuire ulterioare fiind un mijloc de probă a săvârșirii unei abateri grave pentru justificarea excluderii de la o altă procedură.

Prin emiterea documentului constatator autoritatea contractantă impută prestatorului o culpă în executarea contractului de achiziție publică, legalitatea actului fiind în strânsă legătură cu antrenarea răspunderii civile contractuale. Din analiza actului în speță se observa faptul că autoritatea a indicat în mod expres fapta ilicită a prestatorului, respectiv refuzul semnării contractului subsecvent, fiind individualizate elementele răspunderii civile contractuale.

Astfel, efectuând un control efectiv și propriu, conform art. 167, alin. 8, lit. g din Legea 98/2016 „În sensul dispozițiilor alin. 1, lit. g) se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrare/prestarea/executarea unor produse/ servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract”, comisia de evaluare decide respingerea ofertei și declararea acesteia că inacceptabilă, conform prevederilor art. 137, alin. 2, lit. b) din HG 395/2016.”

În susținerea afirmațiilor sale, autoritatea contractantă redă, în continuare, texte de lege incidente: art. 166 din H.G. nr. 395/2016 și art. 167 din Legea 98/2016.

Achizitoarea precizează că, potrivit art. 3 lit. s) din Legea nr. 98/2016, DUAЕ reprezintă: „documentul unic de achiziții european furnizat în format electronic prin utilizarea formatului standard stabilit de Comisia Europeană, constând în declarația pe propria răspundere a operatorului economic cu privire la îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție”. În preambulul Regulamentului nr. 7/2016 considerentul 4 se prevede că: „DEAU ar trebui să contribuie, de asemenea, la o mai mare simplificare, atât pentru operatorii economici, cât și pentru autoritățile contractante și entitățile contractante, prin înlocuirea diferitelor declarații naționale pe propria răspundere, divergente, cu un singur formular standard stabilit la nivel european. Acest lucru ar trebui să contribuie, de asemenea, la reducerea problemelor legate de redactarea precisă a declarațiilor oficiale și a declarațiilor de acordare a consimțământului, precum și de aspectele lingvistice, întrucât formularul standard va fi disponibil în toate limbile oficiale. Prin urmare, DEAU ar trebui să faciliteze creșterea participării transfrontaliere la procedurile de achiziții publice.”

Mai mult, autoritatea contractantă consideră că relevante în soluționarea acestei critici sunt și prevederile art. 193 din Legea nr. 98/2016, potrivit căruia: „(1) Autoritatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAЕ, constând într-o declarație pe propria răspundere actualizată, că dovada preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți care confirmă că operatorul economic în cauza îndeplinește următoarele condiții: a) nu se află în niciuna din situațiile de excludere menționate la art. 164, 165 și 167; b) îndeplinește criteriile privind capacitatea, astfel cum au fost solicitate de autoritatea contractantă; c) dacă este cazul, îndeplinește criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile prezentei legi”.

Aceasta afirmă că nu sunt lipsite de importanță nici dispozițiile art. 65 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, care stipulează: *„Comisia de evaluare analizează DUAE în conformitate cu prevederile cuprinse în cap. IV secțiunea a 8-a din Lege.”*

Astfel, achizitoarea susține că, din întregul context normativ, se poate desprinde concluzia că reglementarea acestui document unic european de achiziții nu poate fi un impediment pentru participarea operatorilor economici la procedură, ci dimpotrivă, trebuie să le înlesnească/faciliteze accesul. Potrivit Anexei nr. 2 la Regulamentul nr. 7/2016, cerința privind abaterile profesionale din contracte derulate anterior se regăsește în cadrul formularului standard în partea III: *„Motive de excludere”* secțiunea C: *„Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale”* sub forma/textul/sintagma/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 în legătură cu respectivul contract anterior? Dacă da, va rugăm să furnizați detalii.”*

Referitor la mijloacele de proba de care dispun autoritățile contractante pentru verificarea incidenței art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, ... susține că legiuitorul nu a impus existența unui anumit înscris, având un anumit conținut, însă, potrivit art. 166 alin. (3) și (4) din H.G. nr. 395/2016: *„(3) Autoritatea contractantă are următoarele obligații: a) să elibereze un exemplar al documentului constatator contractantului; b) să păstreze un exemplar la dosarul achiziției publice”* și *„(4) Documentele constatatoare emise de către entitatea contractantă în conformitate cu prevederile alin. (1) și (2) pot fi contestate potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare.”*

Achizitoarea subliniază că rolul acestor documente constatatoare emise în temeiul art. 166 din H.G. nr. 395/2016 este de a oferi celorlalte autorități contractante care inițiază în viitor proceduri, informații cu privire la îndeplinirea sau neîndeplinirea corespunzătoare a contractelor anterioare, este o *„oglină a operatorul economic executant”*.

Astfel, autoritatea contractantă menționează că, având în vedere că procedura este finanțată din fondurile proprii, este dreptul său de a fi suspicioasă cu privire la comportamentul și modul de îndeplinire a contractelor, luând în considerare complexitatea și anvergura lucrărilor ce se vor executa. Cu atât mai mult cu cât documentul constatator este emis de către o instituție publică, la nivel de județ, aceasta consideră că trebuie să se apere împotriva tuturor riscurilor, de orice natură, în speță, riscul de a nu se executa lucrarea la parametrii calitativi și cantitativi solicitați prin documentația de atribuire.

În concluzie, pentru motivele de fapt și de drept arătate mai sus și pentru respectarea principiilor nediscriminării, tratamentului egal și al transparenței ce trebuie să guverneze orice procedură de achiziție publică, potrivit Legii nr. 100/2016, autoritatea contractantă solicită respingerea tuturor capetelor de cerere că fiind nefondate.

Totodată, aceasta aduce la cunoștința Consiliului că toată procedura de evaluare s-a efectuat cu respectarea principiilor enunțate la art. 2, alin. (2) din Legea nr. 98/2016. Interesul oricărei autorități contractante este de a se edifica asupra situației reale privind îndeplinirea/neîndeplinirea cerințelor de conformitate, fără a căuta motive formale de respingere/admitere a ofertelor. În consecință, potrivit prevederilor legislative și potrivit principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, autoritățile contractante au obligația să se asigure asupra îndeplinirii/ neîndeplinirii cerințelor privind documentația de atribuire de către operatorii economici participanți la procedură și să accepte toate documentele relevante care pot determina o decizie corectă.

Astfel, achizitoarea solicită Consiliului să respingă cererile contestatoarei cu privire la:

1. *„Să constatați că excluderea Asocierii noastre este nelegală și să dispuneți anularea Raportului procedurii nr. 2904 /25.03.2022 și inclusiv Adresa nr. 2907 / 25.03.2022 privind comunicarea rezultatului procedurii;*
2. *Să dispuneți ca autoritatea contractantă să reia procedura de atribuire cu luarea în considerare a ofertei Societății noastre;*
3. *Să obligați autoritatea contractantă la plata cheltuielilor de judecată.”*

Achizitoarea reiterează că modalitatea de desfășurare a procedurii de atribuire s-a realizat pe baza responsabilității autorității contractante, asumarea răspunderii fiind unul dintre principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică [art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016].

Pentru cele expuse mai sus și având în vedere criticile nefondate formulate de societatea contestatoare prin contestația nr. 26 din 01.04.2020, autoritatea contractantă solicită Consiliului să constate netemeinicia acesteia și să dispună respingerea contestației.

În drept, aceasta își întemeiază afirmațiile pe dispozițiile statuate în Legea nr. 98/2016, H.G. nr. 395/2016, Legea nr. 101/2016 cât și pe OUG nr. 45/2018.

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la Consiliu cu nr. 18433/08.04.2022, ... S.R.L. transmite răspuns la punctul de vedere al autorității contractante prin care sintetizează următoarele:

1. Neprelungirea scrisorii de garanție de participare - excede obiectul contestației sale, din moment ce nu acesta era motivul pentru care a fost exclusă din procedură.

2. Prin invocarea neprelungirii scrisorii de garanție, autoritatea contractantă invocă propria sa culpa, în condițiile în care prelungirea acesteia poate fi realizată/acordată/încărcată pe SEAP, doar la cererea autorității contractante. O asemenea cerere nu a fost formulată în cauză.

3. Așa cum rezultă din Scrisoarea de garanție bancară anexată prezentei, aceasta era valabilă până la data de 14.02.2022, iar din datele procedurii rezultă că evaluarea tehnică a avut loc la data de 12.01.2022, unde societatea contestatoare nu mai figurează.

În aceste condiții, contestatoarea apreciază că „apărările” autorității contractante în această privință sunt irelevante și neîntemeiate.

Aceasta consideră că, în privința aspectelor care privesc obiectul contestației sale și motivele excluderii, punctul de vedere al autorității contractante reprezintă întărirea motivelor excluderii, fără a fi în măsură să combată argumentele de fapt și de drept ale contestației depuse.

Astfel, ... S.R.L. susține că se impune admiterea contestației sale.

Prin adresa nr. 3526/11.04.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 18730/11.04.2022, autoritatea contractantă transmite concluzii scrise cu privire la punctul de vedere emis de contestatoarea ... S.R.L.

În urma studierii punctului de vedere F.N, din 08.04.2022 achizitoarea învederează Consiliului următoarele:

Referitor la primul punct al răspunsului contestatoarei: „1. *Neprelungirea scrisorii de garanție de participare - excede obiectul contestației noastre, din moment ce nu acesta era motivul pentru care am fost excluși din procedură*”, autoritatea contractantă reiterează că intenția sa nu a fost de a exclude contestatoarea pentru netransmiterea prelungirii valabilității garanției de participare, ci de a evidenția faptul că aceasta și-a pierdut calitatea de ofertant cu drepturi legale, în speță, de a depune contestație. Nu are nicio relevanță faptul că prelungirea garanției de participare nu a fost solicitată „*expresis verbis*” de către autoritatea contractantă, atât timp cât ofertanții trebuie să depună, la rândul lor, toate diligentele de a-și păstra calitatea de ofertanți în procedură.

Aceasta adaugă că societatea contestatoare nu poate invoca culpa autorității contractante cu privire la nesolicitarea prelungirii garanției de participare, atât timp cât și aceasta se afla în culpă pentru faptul că nu și-a verificat propria oferta, având în vedere că, la data transmiterii comunicărilor, aceasta trebuia să fie valabilă.

În ceea ce privește punctele 2 și 3 din cadrul răspunsului la punctul de vedere, autoritatea contractantă susține că acestea conțin aceleași informații cu privire la scrisoarea de garanție bancară, care, în fapt, nu a fost obiectul punctului de vedere emis de autoritatea contractantă.

Astfel, având în vedere că motivul excluderii contestatoarei din procedură a fost existența documentului constatator nr. 12941 emis în 11.06.2021, achizitoarea reiterează cele expuse prin punctul său de vedere, respectiv documentul constatator este emis cu respectarea legislației achizițiilor publice, fiind constatată pe seama ... S.R.L. existența unei abateri grave, pentru nesemnarea contractului. Autoritatea contractantă susține că, deși în urma contestării în instanță a documentului constatator, s-a dispus anularea punctului 9, respectiv prejudicii aduse autorității contractante, acest fapt nu influențează decizia sa, atât timp cât comportamentul negativ al contestatoarei a subzistat, așa cum reiese și din nota documentului constatator (...) „*În conformitate cu Sentința civilă nr. 1552 din data de 04.11.2019 a Tribunalului ..., Documentul constatator cu continut negativ nr. 12941/11.06.2019, ramane valabila, iar prevederile punctului 9, cu privire la prejudiciu, sunt anulate cu mentiunea că „nu inseamna că societatea nu ar fi cauzat nici prejudiciu, ci inseamna doar că estimarea prejudiciului s-a facut în mod netemeinic.”*”

Ori, în accepțiunea autorității contractante, motivul emiterii documentului constatator „*S-a reziliat Acordul cadru nr.*

23/17899/02.08.2017 prin notificarea nr. 12565/05.06.2019, în temeiul pct. 10.1 lit. „c” și pct. 10.3 din Acordul-cadru nr. 23/17899/02.08.2017 având ca obiect stabilirea elementelor, condițiilor esențiale care vor guverna contractele de lucrări subsecvente ce vor avea ca obiect *Întreținere curentă și periodică - plombări; covoare bituminoase - pe drumurile județene-Județul ..., pentru perioada 2017- 2020, pentru Lot nr. 1”, precum și a art. 1321, art. 1549 și urm. din Legea nr. 287/2009, republicată, cu modificările ulterioare, anexa la prezenta*, este grav și în deplină concordanță cu prevederile art. 167, lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Achizitoarea susține că, având în vedere că documentul constatator nu a fost anulat în tot, el produce efecte, situație în care ... S.R.L. se încadrează în prevederile 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. Astfel, efectuând un control efectiv și propriu conform art. 167, alin. (8), lit. g) din Legea nr. 98/2016 *„în sensul dispozițiilor alin. (1) lit. g) se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrarea /prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract*”, comisia de evaluare a decis respingerea ofertei ... S.R.L. și declararea acesteia că inacceptabilă.

Aceasta adaugă că rolul acestor documente constatatoare emise în temeiul art. 166 din H.G. nr. 395/2016 este de a oferi celorlalte autorități contractante care inițiază în viitor proceduri informații cu privire la îndeplinirea sau neîndeplinirea corespunzătoare a contractelor anterioare, este o *„oglină a operatorul economic executant”*.

Pentru cele mai sus expuse, achizitoarea solicită Consiliului să constate caracterul nefondat al contestației ... S.R.L și respingerea ca fiind nefondată.

În drept, aceasta se prevalează de dispozițiile din Legea nr. 98/2016, H.G. nr. 395/2016, Legea nr. 101/2016 și H.G. nr. 419/2018.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, ..., a inițiat o procedură simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect *„Acord – cadru având ca obiect execuția lucrărilor aferente obiectivului de investiții: «MODERNIZARE PRIN ASFALTARE DRUMURI DE INTERES LOCAL ÎN ..., JUDEȚUL ...»”*, prin publicarea unui anunț de participare simplificat nr. SCN1092155/01.09.2021.

Conform anunțului de participare simplificat și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este *„prețul cel mai scăzut”*, iar valoarea estimată a contractului de lucrări este de 9.523.223,47 lei fără TVA.

Potrivit *Procesului-verbal nr. 7791/12.10.2022 privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare* s-a menționat faptul

că la procedura de atribuire s-au depus șapte oferte, printre care și cea a contestatoarei ... S.R.L.

Conform celor precizate în Raportul procedurii nr. 2904/25.03.2022 au fost declarate admisibile 2 oferte, oferta depusă de ... S.R.L. fiind declarată inacceptabilă de către comisia de evaluare, conform art. 167, alin. (8), lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Luând la cunoștință despre rezultatul procedurii de atribuire, ... S.R.L. a formulat contestația în analiză.

Analizând criticile formulate de autoarea contestației ... S.R.L., Consiliul constată că acestea vizează faptul că decizia de respingere a ofertei sale este nelegală din prisma următoarelor 3 aspecte:

- autoritatea contractantă a interpretat și a aplicat în mod greșit starea de fapt și de drept indicate în DUAЕ la rubrica C, privind abaterile profesionale;

- excluderea în mod automat a ofertei depuse, fără parcurgerea procedurii de clarificare, obligatorie, prevăzută de art. 171 din Legea nr. 98/2016 este nelegală;

- prin măsura excluderii a fost încălcat principiul proporționalității prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016.

Trecând la analiza celor mai sus reclamate, Consiliul reține că motivul care a stat la baza deciziei de respingere a ofertei depuse de ... S.R.L. l-a constituit existența Documentul constatat nr. 12941 din 11.06.2021 emis de ..., fiind constatată pe seama SC ... SRL existența unei abateri grave, în baza art. 167, alin. 1, lit. g) din H.G. nr. 395/2016, astfel cum este precizat în conținutul actului de comunicare a rezultatului procedurii nr. 2907 din 25.03.2022, transmis ofertantei în cauză:

„Referitor la oferta depusă de dvs. la procedura de achiziție publică organizată de ..., Județul ..., la obiectivul de investiții: Acord - cadru având ca obiect execuția lucrărilor aferente obiectivului de investiții: "MODERNIZARE PRIN ASFALTARE DRUMURI DE INTERES LOCAL ÎN ..., JUDEȚUL ...", Cod/Coduri CPV*: 45233120-6 Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2), **CPV - nomenclatorul de referință în domeniul achizițiilor de referință, Anunț de participare pe site-ul www.e-licitatie.ro anunțul de participare nr. SCN1092155 / 01.09.2021, vă comunicăm ca oferta dvs. a fost RESPINSA ca fiind inacceptabilă în baza art. 167, alin. 1, lit. g) din HG 395/2016, motivat de următoarele:

Analizând DUAЕ-ul prezentat de SC ... SRL se constată faptul că documentul constatat nr. 12941 din 11.06.2019 emis de ... este emis cu respectarea legislației în vigoare în materia achizițiilor publice, fiind constată pe seama SC ... SRL existența unei abateri grave. Competența comisiei de evaluare, în situația dată, este de a verifica dacă ofertantul se afla în cazul de excludere prevăzut de art. 167, alin. 1, lit. g) din Legea 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.

Conform articolului menționat, autoritatea contractantă exclude din procedura orice operator economic care și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune interese sau alte sancțiuni complementare. Or, în cazul ofertantului asociat SC ... SRL există emis un document constatat negativ care consemnează caracterul grav al neexecutării obligațiilor contractuale, cu caracter obligatoriu, executoriu și produce efectele juridice pentru care a fost emis. La punctul 8 al documentului constatat se specifică: "s-a reziliat Acordul cadru nr. 23/17899/02.08.2017 prin notificarea nr. 12565 din 05.06.2019 în temeiul pct. 10.1, lit. c și pct. 10.3 din Acordul cadru nr. 23/17899 din 02.08.2017 având ca obiect stabilirea elementelor condițiilor esențiale care vor guverna contractele de lucrări subsecvente ce vor avea ca obiect "Întreținere curentă și periodică - plombări și covoare bituminoase - pe drumurile județene — ..., pentru perioada 2017 - 2020, pentru Lot nr. 1 precum și a art. 1321, art. 1549 și urm. din Legea 287/2009 republicată, cu modificările ulterioare

La punctul 9 Prejudicii care au fost sau care ar fi putut aduse autoritatii contractante pe perioada derularii contractului ... precizează ca prejudiciul cuantificabil este de 591.421,23 lei fara TVA. respectiv valoarea contractului subsecvent pe care contractantul a refuzat sa il semneze.

Prin articolul 166 din HG 395/2016 s-a reglementat dreptul autoritatii de a constata modul de executare a obligatiilor asumate de operatorul economic. scopul documentului constatator fiind acela de aparare a autoritatilor contractante împotriva unui comportament abuziv al prestatorului in cadrul procedurilor de atribuire ulterioare fiind un mijloc de proba a savarsirii unei abateri grave pentru justificarea excluderii de la o alta procedura.

Prin emiterea documentului constatator autoritatea contractanta imputa prestatorului o culpa in executarea contractului de achiziție publica, legalitatea actului fiind in stransa legătură cu antrenarea răspunderii civile contractuale. Din analiza actului in speța se observa faptul ca autoritatea a indicat in mod expres fapta ilicita a prestatorului, respectiv refuzul semnării contractului subsecvent, fiind individualizate elementele răspunderii civile contractuale.

Astfel, efectuând un control efectiv si propriu, conform art. 167, alin. 8, lit. g din Legea 98/2016 "In sensul dispozițiilor alin. 1, lit. g) se considera incalcari grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrare/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări care prezinta neconformitati majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute in contract", comisia de evaluare decide respingerea ofertei si declararea acesteia ca INACCEPTABILA, conform prevederilor art. 137, alin. 2, lit. b) din HG 395/2016.

Texte de lege incidente in cauza: Articolul 166 din HG 395/2016

„Autoritatea contractanta are obligația de a emite documente constatatoare care convin informații referitoare la îndeplinirea sau, dupa caz, neîndeplinirea (1) Autoritatea contractantă are obligația de a emite documente constatatoare care conțin informații referitoare la îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, la eventualele prejudicii, după cum urmează:

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

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

c) pentru contractele de servicii de proiectare atribuite printr-o procedură de atribuire: în termen de 14 zile de la data finalizării prestării serviciilor care fac obiectul respectivului contract/contract subsecvent și, suplimentar, în termen de 14 zile de la data încheierii procesului-verbal de recepție la terminarea lucrărilor proiectate;

d) pentru contractele de servicii de supervizare a lucrărilor/dirigenție de șantier, în termen de 14 zile de la data emiterii raportului final de supervizare/expirarea duratei de garanție acordată lucrării în cauză;

e) pentru contractele de lucrări atribuite printr-o procedură de atribuire: în termen de 14 zile de la data încheierii procesului-verbal de recepție la terminarea lucrărilor și, suplimentar, în termen de 14 zile de la data încheierii procesului-verbal de recepție finală a lucrărilor, întocmit la expirarea perioadei de garanție a lucrărilor în cauză.

(2) In situația prevăzută la art. 144 alin. (1), documentul constatator se emite în termen de 14 zile de la data la care ar fi trebuit încheiat contractul de achiziție public/acordul-cadru, dacă ofertantul nu ar fi refuzat semnarea acestuia, sau de la data de la care a fost reziliat acesta, în cazul în care există contract semnat.

Articolul 167 din Legea 98/2016:

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

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

(...).

Argumentele aduse de societatea contestatoare în favoarea criticilor formulate se bazează pe faptul că prin raportul procedurii reclamat, comisia de evaluare a constatat doar îndeplinirea condiției prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, fără să detalieze și să argumenteze măsura luată. Astfel contestatoarea apreciază că „abaterea

gravă" ce derivă din Documentul constatator nr. 12941/11.06.2019 este una minoră și, în cadrul unor clarificări, societatea sa putea demonstra în concret credibilitatea pentru derularea procedurii la care a formulat oferta și astfel excluderea nu ar fi fost necesară.

Având în vedere că această etapă obligatorie nu a fost parcursă de către autoritatea contractantă, societății excluse i s-a privat acest drept fundamental în procedura de achiziție. Dacă autoritatea contractantă ar fi parcurs această etapă obligatorie, contestatoarea ar fi demonstrat cu înscrisuri credibilitatea sa - inclusiv cu proiectele derulate/în derulare la aceeași autoritate contractantă - că executarea contractului de lucrări pentru care a depus oferta, ar fi finalizată cu succes, oferta fiind depusă împreună cu alți 2 operatori economici.

Consiliul va reține în soluționare și argumentele aduse de autoritatea contractantă în favoarea deciziei de respingere adoptate de membrii comisiei de evaluare, respectiv faptul că în cazul ofertantului ... S.R.L. există emis un document constatator negativ care consemnează caracterul grav al neexecutării obligațiilor contractuale, cu caracter obligatoriu, executoriu și produce efectele juridice pentru care a fost emis. Achizitoarea a adăugat că: *„La punctul 8 al documentului constatator se specifică: «s-a reziliat Acordul cadru nr. 23/17899/02.08.2017 prin notificarea nr. 12565 din 05.06.2019 în temeiul pct. 10.1, lit. c și pct. 10.3 din Acordul cadru nr. 23/17899 din 02.08.2017 având ca obiect stabilirea elementelor condițiilor esențiale care vor guverna contractele de lucrări subsecvente ce vor avea ca obiect "Întreținere curentă și periodică - plombări și covoare bituminoase - pe drumurile județene - ..., pentru perioada 2017 - 2020, pentru Lot nr. 1 precum și a art. 1321, art. 1549 și urm. din Legea 287/2009 republicată, cu modificările ulterioare». La punctul 9 Prejudicii care au fost sau care ar fi putut aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului ... precizează că prejudiciul cuantificabil este de 591.421,23 lei fără TVA, respectiv valoarea contractului subsecvent pe care contractantul a refuzat să îl semneze.”*

În subsidiar, autoritatea contractantă precizează faptul că oferta ... S.R.L. nu mai este de actualitate, aceasta pierzându-și valabilitatea la data de 14.02.2022, așa cum reiese și din Scrisoarea de garanție de participare nr. 34GPL2021-577/08.10.2021. Achizitoarea afirmă că societatea contestatoare nu a depus diligențe în ceea ce privește prelungirea scrisorii de garanție, acest fapt fiindu-i imputabil și, astfel, este evident că nu a existat, manifestarea de voință privind menținerea ofertei și a calității de ofertant, ce ar fi condus la valabilitatea ofertei. În acest sens, autoritatea contractantă consideră că ... S.R.L. și-a pierdut calitatea de ofertant, iar valabilitatea poliței de garanție de participare fiind expirată, se constată că ofertei depuse îi lipsește un element important. Astfel, achizitoarea indică drept temei legal al afirmațiilor sale, prevederile art. 124 din Legea nr. 98/2016, dispoziții legale ce nu au fost respectate de către contestatoare.

Referitor la susținerile achizitoarei, în referire la pierderea de către ... S.R.L. a calității de ofertant, motivat de neprelungirea scrisorii de garanție de participare, Consiliul constată netemeinicia acestor susțineri. În stabilirea acestei finalități, Consiliul are în vedere, pe de o parte faptul că

acest motiv identificat de achizitoare cu ocazia formulării punctului de vedere asupra contestației nu se regăsește nici în cuprinsul actului de comunicare a rezultatului procedurii și nici nu a făcut obiectul analizei membrilor comisiei de evaluare, aspect reținut și de contestatoare, astfel cum a precizat în cuprinsul răspunsului la punctul de vedere formulat de autoritatea contractantă, respectiv faptul că neprelungirea scrisorii de garanție de participare, excede obiectului contestației, din moment ce nu acesta era motivul pentru care oferta depusă a fost exclusă din procedură.

Iar pe de altă parte, așa cum precizează și ... S.R.L., la data de 12.10.2021, a evaluării garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare, materializată prin elaborarea *Procesului-verbal nr. 7791/12.10.2021 privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare* și a luării deciziei luate vizavi de respingerea ofertei depuse de ... S.R.L., din Scrisoarea de garanție de participare nr. 34GPL2021-577/08.10.2021, depusă de ofertanta în discuție, rezultă că aceasta era valabilă până la data de 14.02.2022.

Mai mult, potrivit dispozițiilor art. 124 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016 era în sarcina achizitoare să solicite ofertanților prelungirea scrisorilor de garanție și a ofertelor:

„Art. 124 - (1) Oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă și asumată de ofertant.

(2) Perioada de valabilitate a ofertelor, prevăzută în anunțul/invitația de participare și în documentația de atribuire, trebuie să fie stabilită astfel încât să cuprindă toate etapele până la momentul încheierii contractului/acordului-cadru.

(3) Atunci când stabilește perioada de valabilitate a ofertelor, autoritatea contractantă va lua în considerare estimările privind perioada necesară pentru analiza și evaluarea ofertelor, perioada necesară pentru verificările legate de aceste activități, precum și perioada legală prevăzută pentru rezolvarea eventualelor contestații. **Autoritatea contractantă are obligația de a solicita prelungirea valabilității ofertelor, precum și, după caz, a garanției de participare, în situații excepționale care impun o astfel de prelungire.** În cazul în care un operator economic nu se conformează acestei solicitări, oferta sa va fi respinsă ca fiind inacceptabilă.”

Așa cum rezultă din examinarea înscrisurilor existente la dosarul cauzei, autoritatea contractantă a făcut aplicare dispozițiilor antemenționate, solicitând ofertanților prelungirea valabilității garanțiilor de participare și a valabilității ofertelor depuse.

O astfel de solicitare nu a fost adresată și ofertantei ... S.R.L.

Așadar, achizitoarea practic se prevalează de propria culpă pentru a reproșa ofertantei ... S.R.L. faptul că nu a verificat propria oferta, *având în vedere că, la data transmiterii comunicărilor, aceasta trebuia să fie valabilă.*

Împrejurarea că autoritatea contractantă a ales să nu mai solicite și ofertantei ... S.R.L. prelungirea valabilității scrisorii de garanție de participare, nu este de natură a reproșa acesteia la acest moment, la data comunicării deciziei de respingere a ofertei depuse (din motivul anterior reținut, incidența dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016) faptul că valabilitatea scrisorii de garanție de participare este expirată.

Dacă aprecia că la momentul comunicării deciziei de respingere a ofertei depuse de ... S.R.L. scrisoarea de garanție de participare a expirat și este necesară prelungirea valabilității acesteia, nimic nu o împiedica pe autoritatea contractantă să clarifice cu ... S.R.L. acest aspect al solicitării prelungirii valabilității scrisorii de garanție de participare adresând acestei ofertante o solicitare privind prelungirea valabilității ofertelor și a garanției de participare, așa cum a procedat în cazul celor 6 ofertante competitive (solicitări adresate la data de 18.01.2022).

În raport de cele mai sus reținute, susținerile autorității contractante vizavi de faptul că ... S.R.L. și-a pierdut calitatea de ofertant, motivat de faptul că valabilitatea scrisorii de garanție de participare este expirată, sunt neîntemeiate și nu vor fi reținute de Consiliu în soluționare.

Trecând la analiza motivului care a stat la baza deciziei de respingere a ofertei depuse de ... S.R.L., datele speței pe scurt sunt următoarele:

- potrivit DUAЕ-ului depus, ... S.R.L. a precizat la capitolul C - *Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale*, la rubrica *Vinovat de comiterea unei abateri profesionale grave* următoarele mențiuni:

„Răspunsul dumneavoastră:

Document Constatator negativ nr. 12941 din 11.06.2021 emis de Unitatea Administrativ Teritorială ..., pentru motivul refuzare semnare contract subsecvent datorită neacceptării ajustării de preț materiale din cadrul Acordului-cadru nr. 23/17899 din 02.08.2017.

Conform Sentinței Civile nr. 1552/2019 a Tribunalului ... și deciziei nr. 38/2020/22.01.2020 a curții de Apel Târgu-Mureș, se anulează punctul 9, din Documentul Constatator nr. 12941 din 11.06.2021 referitor la prejudiciul adus autorității contractante, în consecință nu sunt prejudicii aduse autorității contractante.

Ați luat măsuri pentru a demonstra fiabilitatea dumneavoastră („autocorectare”)?

DA

Descriere: ... SRL a luat măsuri pentru a exclude posibilitatea repetării unei asemenea situații, prin constituirea unui depozit bancar nr. R0580TPV260000142293R047 deschis la banca OTP Bank Romania în cuantum de 200.000 ron, pentru acoperirea cheltuielilor suplimentare generate de majorări de prețuri la contractele încheiate în viitor.”;

- la data de 12.10.2021, cu ocazia evaluării informațiilor din DUAЕ și din documentele ce îl însoțesc membrii comisiei de evaluare au consemnat în cuprinsul *Procesului-verbal nr. 7791/12.10.2022 privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAЕ și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare*, în secțiunea dedicată evaluării ofertei depuse de ... S.R.L. următoarele:

„Analizând DUAЕ-ul prezentat de SC ... SRL se constata faptul ca documentul constatator nr. 12941 din 11.06.2019 emis de ... este emis cu respectarea legislației in vigoare in materia achizițiilor publice, fiind constata pe seama SC ... SRL existenta unei abateri grave. Competenta comisiei de evaluare, in situatia data, este de a verifica daca ofertantul se afla in cazul de excludere prevăzut de art. 167, alin. 1, lit. g din Legea 98/2016. Orice act administrativ se bucura de prezumția de legalitate, care poate fi rasturnata printr-o hotarare judecătoreasca definitiva de anulare a actului administrativ.

Conform articolului menționat, autoritatea contractanta exclude din procedura orice operator economic care si-a incalcat in mod grav sau repetat obligațiile principale, iar aceste incalcari au dus la încetarea anticipata a respectivului contract, plata de daune interese sau alte sancțiuni complementare. Or, in cazul ofertantului asociat SC ... SRL exista emis un document constatator negativ care consemneaza caracterul grav al neexecutarii obligațiilor contractuale, cu caracter obligatoriu, executoriu si produce efectele juridice pentru care a fost emis.

La punctul 8 al documentului constatator se specifica: "s-a reziliat Acordul cadru nr. 23/17899/02.08.2017 prin notificarea nr. 12565 din 05.06.2019 in temeiul pct. 10.1, lit. c sipet. 10.3 din Acordul cadru nr. 23/17899 din 02.08.2017 avand ca obiect stabilirea elementelor

condițiilor esențiale care vor guverna contractele de lucrări subsecvente ce vor avea ca obiect "Întreținere curentă și periodică - plombări și covoare bituminoase - pe drumurile județene — ..., pentru perioada 2017 - 2020, pentru Lot nr. 1 precum și a art. 1321, art. 1549 și urm. din Legea 287/2009 republicată, cu modificările ulterioare

La punctul 9 Prejudicii care au fost sau care ar fi putut aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului ... precizează ca prejudiciul cuantificabil este de 591.421,23 lei fără TVA, respectiv valoarea contractului subsecvent pe care contractantul a refuzat să îl semneze.

Prin articolul 166 din HG 395/2016 s-a reglementat dreptul autorității de a constata modul de executare a obligațiilor asumate de operatorul economic. Scopul documentului constatator fiind acela de apărare a autorităților contractante împotriva unui comportament abuziv al prestatorului în cadrul procedurilor de atribuire ulterioare fiind un mijloc de probă a săvârșirii unei abateri grave pentru justificarea excluderii de la o altă procedură.

Prin emiterea documentului constatator autoritatea contractantă impută prestatorului o culpă în executarea contractului de achiziție publică, legalitatea actului fiind în strânsă legătură cu antrenarea răspunderii civile contractuale. Din analiza actului în speță se observă faptul că autoritatea a indicat în mod expres fapta ilicită a prestatorului, respectiv refuzul semnării contractului subsecvent, fiind individualizate elementele răspunderii civile contractuale.

Astfel, efectuând un control efectiv și propriu, conform art. 167, alin. 8, lit. g din Legea 98/2016 "În sensul dispozițiilor alin. 1, lit. g) se considera încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrare/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract", comisia de evaluare decide respingerea ofertei și declararea acesteia ca INACCEPTABILĂ, conform prevederilor art. 137, alin. 2, lit. b) din HG 395/2016.

Texte de lege incidente în cauză: Articolul 166 din HG 395/2016

„Autoritatea contractantă are obligația de a emite documente constatatoare care convin informații referitoare la îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea (1) Autoritatea contractantă are obligația de a emite documente constatatoare care conțin informații referitoare la îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, la eventualele prejudicii, după cum urmează:

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

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

c) pentru contractele de servicii de proiectare atribuite printr-o procedură de atribuire: în termen de 14 zile de la data finalizării prestării serviciilor care fac obiectul respectivului contract/contract subsecvent și, suplimentar, în termen de 14 zile de la data încheierii procesului-verbal de recepție la terminarea lucrărilor proiectate;

d) pentru contractele de servicii de supervizare a lucrărilor/dirigenție de șantier, în termen de 14 zile de la data emiterii raportului final de supervizare/expirarea duratei de garanție acordată lucrării în cauză;

e) pentru contractele de lucrări atribuite printr-o procedură de atribuire: în termen de 14 zile de la data încheierii procesului-verbal de recepție la terminarea lucrărilor și, suplimentar, în termen de 14 zile de la data încheierii procesului-verbal de recepție finală a lucrărilor, întocmit la expirarea perioadei de garanție a lucrărilor în cauză.

(2) În situația prevăzută la art. 144 alin. (1), documentul constatator se emite în termen de 14 zile de la data la care ar fi trebuit încheiat contractul de achiziție publică/acordul-cadru, dacă ofertantul nu ar fi refuzat semnarea acestuia, sau de la data de la care a fost reziliat acesta, în cazul în care există contract semnat.

Articolul 167 din Legea 98/2016:

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

g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i revineau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.”

În speța analizată sunt incidente următoarele dispoziții legale:

➤ **Legea nr. 98/2016:**

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

(...)

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

h) operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate;

i) operatorul economic a încercat să influențeze în mod nelegal procesul decizional al autorității contractante, să obțină informații confidențiale care i-ar putea conferi avantaje nejustificate în cadrul procedurii de atribuire sau a furnizat din neglijență informații eronate care pot avea o influență semnificativă asupra deciziilor autorității contractante privind excluderea din procedura de atribuire a respectivului operator economic, selectarea acestuia sau atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru către respectivul operator economic.

- art. 169: „Autoritatea contractantă exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire în care ia la cunoștință că operatorul economic se află, având în vedere acțiunile sau inacțiunile săvârșite înainte sau în cursul procedurii, în una dintre situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire”;

- art. 171: (1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

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

(3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 le poate furniza autorității contractante, în sensul prevederilor alin. (1), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația, și la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite.

(3¹) Autoritatea contractantă evaluează măsurile luate de operatorii economici și dovedite în conformitate cu prevederile alin. (3), ținând seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale infracțiunii sau abaterii avute în vedere.

(3²) În cazul în care măsurile prevăzute la alin. (3¹) sunt considerate insuficiente de către autoritatea contractantă, aceasta transmite operatorului economic o expunere a motivelor care au condus la luarea deciziei de excludere a acestuia din procedura de atribuire.”

➤ H.G. nr. 395/2016:

- art. 166: „(1) Autoritatea contractantă are obligația de a emite documente constatatoare care conțin informații referitoare la îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, la eventualele prejudicii, după cum urmează:

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

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

c) pentru contractele de servicii de proiectare atribuite printr-o procedură de atribuire: în termen de 14 zile de la data finalizării prestării serviciilor care fac obiectul respectivului contract/contract subsecvent și, suplimentar, în termen de 14 zile de la data încheierii procesului-verbal de recepție la terminarea lucrărilor proiectate;

d) pentru contractele de servicii de supervizare a lucrărilor/dirigenție de șantier, în termen de 14 zile de la data emiterii raportului final de supervizare/expirarea duratei de garanție acordată lucrării în cauză;

e) pentru contractele de lucrări atribuite printr-o procedură de atribuire: în termen de 14 zile de la data încheierii procesului-verbal de recepție la terminarea lucrărilor și, suplimentar, în termen de 14 zile de la data încheierii procesului-verbal de recepție finală a lucrărilor, întocmit la expirarea perioadei de garanție a lucrărilor în cauză.

(2) În situația prevăzută la art. 144 alin. (1), documentul constatator se emite în termen de 14 zile de la data la care ar fi trebuit încheiat contractul de achiziție public/acordul-cadru, dacă ofertantul nu ar fi refuzat semnarea acestuia, sau de la data de la care a fost reziliat acesta, în cazul în care există contract semnat.

(3) Autoritatea contractantă are următoarele obligații:

a) să elibereze un exemplar al documentului constatator contractantului;

b) să păstreze un exemplar la dosarul achiziției publice.

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

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

(5¹) Autoritatea contractantă are obligația de a actualiza în SEAP informațiile cu privire la documentul prevăzut la alin. (5) în termen de 5 zile de la momentul luării la cunoștință că situația de fapt ce a stat la baza emiterii respectivului document constatator trebuie modificată din cauze obiective.

(6) În cazul contractelor atribuite prin cumpărare directă, autoritatea contractantă are dreptul de a emite documente constatatoare în conformitate cu alin. (1), atunci când este solicitat acest lucru de către contractant/contractant asociat.

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

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

Din coroborarea dispozițiilor legale invocate, rezultă că nu orice neîndeplinire a unor clauze contractuale poate să genereze aplicarea dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, după cum nu orice document constatator trebuie să conducă, *tale quale*, la respingerea ofertantului, legiuitorul impunând comisiei de evaluare verificarea îndeplinirii condițiilor cumulative prevăzute la articolul respectiv. Legiuitorul impune emitentului certificatului o anumită procedură, și includerea anumitor elemente de fond ale certificatului, respectiv dacă operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Consiliul reține că DUAE pus la dispoziție de autoritatea contractantă conține o secțiune denumită „*Încetare anticipată, daune-interese, alte sancțiuni comparabile*” care, în situația bifării opțiunii „DA”, generează un câmp în interiorul căruia trebuie menționate toate situațiile de încetare

anticipată a contractelor încheiate anterior de către operatorul economic în cauză și măsurile luate pentru a demonstra credibilitatea operatorului economic.

Astfel, Consiliul constată că ofertanții au obligația furnizării tuturor informațiilor prevăzute, în mod expres, în cuprinsul DUAЕ, în funcție de situația lor concretă, respectiv cu privire la situațiile în care și-au încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce le reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Autoritatea contractantă este cea care stabilește dacă anumite situații de încălcare a obligațiilor contractuale încheiate anterior sunt relevante sau nu și dacă este necesară clarificarea acestora în scopul verificării dacă se circumscriu situațiilor de excludere din procedură prevăzute la art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Așa cum a fost anterior redat, Consiliul reține că membrii comisiei de evaluare au consemnat în cuprinsul *Procesului-verbal nr. 7791/12.10.2021 privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAЕ și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare* analiza efectuată asupra DUAЕ prezentat de ... S.R.L. și a Documentului constatator nr. 12941 din 11.06.2019 emis de

Se constată că, în analizarea criticilor aduse în cadrul contestației, demersul Consiliului ar fi trebuit să vizeze verificarea modalității în care comisia de evaluare a procedat în etapa de evaluare a ofertelor vizavi de respectarea celor prevăzute de dispozițiile art. 166 alin. (8) din H.G, nr. 395/2016, anterior redate, în sensul în care membrii comisiei de evaluare au obligația de a analiza dacă documentul constatator reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege, situație în care ar fi trebuit - raportat la susținerile contestatorului să regăsească această analiză efectuată de comisie, în evaluare.

Însă, aceste condiții cumulative arătate sunt completate de precizările aduse de art. 171 din Legea nr. 98/2016, prin alin. (1)-(3²) în sensul furnizării dovezilor pentru demonstrarea credibilității și care, în cazul în care sunt apreciate ca suficiente, înlătură măsura excluderii, iar în situația considerării lor ca insuficiente este transmisă operatorului economic o expunere a motivelor care au condus la luarea deciziei de excludere.

Cădea în sarcina autorității contractante, verificarea aspectelor anterior subliniate. Or, din niciun document regăsit în dosarul achiziției nu reiese o minimă analiză în sensul arătat anterior, autoritatea contractantă mărginindu-se, astfel cum rezultă din *Procesului-verbal nr. 7791/12.10.2021*, anterior amintit să califice asupra ofertantei ... S.R.L. incidența dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din H.G. nr. 395/2016, motivat de existența certificatului constatator negativ.

Într-adevăr, nu poate fi contestată activitatea comisiei de evaluare care a realizat o analiză a documentului constatator reclamat, însă Consiliul constată că demersurile comisiei nu au fost finalizate, prin

analizarea cu temeinicie a tuturor informațiilor precizate în cuprinsul documentului constatator și a precizărilor pe care ... S.R.L. le-a consemnat în cadrul DUAE-ului depus.

Așa cum a fost anterior reținut, ofertanții au obligația furnizării tuturor informațiilor prevăzute, în mod expres, în cuprinsul DUAE, în funcție de situația lor concretă, respectiv cu privire la situațiile în care și-au încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce le reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile, aspect care a fost îndeplinit de ofertanta ... S.R.L.

În pofida analizei efectuate de achizitoare, se constată că membrii comisiei de evaluare nu au făcut aplicarea dispozițiilor art. 171 din Legea nr. 98/2016 în condițiile în care, chiar în cuprinsul DUAE, ofertanta a nominalizat respectivul certificat constatator negativ și a adus la cunoștință despre faptul că potrivit Sentinței Civile nr. 1552/2019 a Tribunalului ... și Deciziei nr. 38/2020/22.01.2020 a Curții de Apel Târgu-Mureș, se anulează punctul 9, din Documentul Constatator nr. 12941 din 11.06.2021 referitor la prejudiciul adus autorității contractante, furnizând și informații și despre măsurile întreprinse/luate pentru demonstrarea fiabilității societății sale.

În considerarea celor antemenționate sunt și susținerile contestatoarei potrivit căreia susține că : *„Așa cum rezultă din argumentele de excludere menționate în Raportul procedurii nr. 2904/25.03.2020, comisia de evaluare a procedat, în mod nelegal, la excluderea noastră automată, în condițiile în care chiar în DUAE am făcut mențiuni despre măsurile luate pentru demonstrarea fiabilității societății noastre.*

Astfel, comisia de evaluare nu a efectuat nicio clarificare proprie și nu a acordat societății ... S.R.L. posibilitatea de a furniza dovezi pentru demonstrarea credibilității sale, conform art. 171 din Legea nr. 98/2016 (...) în pofida faptului că există acel precedent cu privire la societatea ... S.R.L., din moment ce societății nu i s-a interzis, prin hotărâre judecătorească de a participa la proceduri de achiziții publice. În acest sens, autoritatea contractantă, în raport cu toate experiențele și documentele avute la dispoziție, trebuia să analizeze în mod obiectiv măsurile luate de contestatoare și doar în urma verificării să se pronunțe asupra abaterii noastre.”

Consiliul apreciază că este relevant a reda conținutul Documentului constatator nr. 12941 din 11.06.2019 emis de ...:

....

Așadar, luând la cunoștință despre faptul că potrivit Sentinței Civile nr. 1552/2019 a Tribunalului ... și Deciziei nr. 38/2020/22.01.2020 a Curții de Apel Târgu-Mureș, se anulează punctul 9, din Documentul Constatator

nr. 12941 din 11.06.2021 referitor la prejudiciul adus autorității contractante și despre *Nota* din cadrul documentului constatator conform căreia:

„1. Documentul constatator cu conținut negativ nr. 12941/11.06.2019 a fost atacat la tribunalul

În conformitate cu Sentința civilă nr. 1552 din data de 04.11.2019 a Tribunalului ..., Documentul constatator cu conținut negativ nr. 12941/11.06.2019, rămâne valabilă, iar prevederile punctului 9, cu privire la prejudiciu, sunt anulate cu mențiunea că „nu înseamnă că societatea nu ar fi cauzat nici prejudiciu, ci înseamnă doar că estimarea prejudiciului s-a făcut în mod netemeinic.”

2. Sentința civilă nr. 1552 din data de 04.11.2019 a Tribunalului ... a fost atacată cu recurs la Curtea de Apel Târgu Mureș și rămasă definitivă prin respingerea recursurilor conform Deciziei nr. 38R din data de 22.01.2020 a Curții de Apel Târgu Mureș”

precum și informațiile precizate de ... S.R.L. despre măsurile întreprinse/luate pentru demonstrarea fiabilității societății sale, membrii comisiei de evaluarea trebuiau să solicite ofertantei dovezi care să arate că măsurile luate de aceasta sunt sau nu suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

Contrar celor precizate de membrii comisiei de evaluare în cuprinsul analizei consemnate privind excluderea ofertei depuse de ... S.R.L., un aspect luat în decizia de respingere îl constituie existența prejudiciului indicat în documentul constatator, în condițiile în care prin Sentința nr. 1552/2019 a Tribunalului ..., menținută de Curtea de Apel Târgu Mureș, pct. 9 din Documentul constatator nr. 12941/11.06.2019 în privința prejudiciului a fost anulat, rezultând astfel faptul că autoritatea contractantă a făcut abstracție de cele declarate în cuprinsul DUAE.

Față de cele anterior menționate, constatând că nu se poate substitui membrilor comisiei de evaluare, Consiliul apreciază că în speță, se impune ca autoritatea contractantă, prin membrii comisiei de evaluare să facă aplicarea dispozițiilor art. 171 din Legea nr. 98/2016 și să solicite ofertantului ... S.R.L. clarificări în legătură cu cele precizate de dispozițiile legale.

Numai în urma unei analize temeinice a răspunsului furnizat de ... S.R.L. la solicitarea adresată vizavi de aplicarea dispozițiilor art. 171 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă poate să ia decizia de admitere/respingere a ofertei depuse de această ofertantă.

Având în vedere dispozițiile legale mai sus redate, Consiliul reține că prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din H.G. nr. 395/2016 nu trebuie utilizate ca un instrument de excludere a oricărui operator economic care a greșit la un moment în contextul îndeplinirii unui contract, cu atât mai mult cu cât este posibil să existe o culpă comună a autorității contractante și executantului. Astfel, aprecierea lăsată la latitudinea autorității contractante nu trebuie interpretată ca fiind echivalentă cu un drept ce poate fi exercitat în orice condiții, sau că existența documentului constatator, conduce, de drept, la respingerea ofertantului.

Sub acest aspect, Consiliul are în vedere că orice decizie cu privire la admiterea sau respingerea ofertei depuse de ... S.R.L. trebuie luată de membrii comisiei de evaluare doar după analizarea situației concrete și a

justificărilor oferite de acest ofertant, cu luarea în considerare a dispozițiilor legale amintite.

În lipsa efectuării acestui demers obligatoriu, fiind expres prevăzut de dispozițiile art. 168 alin. (8) din H.G. nr. 395/2016 se constată că evaluarea realizată de autoritatea contractantă a înregistrat abateri de la cadrul legal.

Într-o atare situație, Consiliul constată că se impune reluarea procedurii de atribuire prin reanalizarea DUAE prezentat de ... S.R.L. și a Documentului Constatator nr. 12941 din 11.06.2019 emis de ..., prin raportare la prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) și art. 171 din Legea nr. 98/2016.

Se rețin ca fiind judicioase precizările contestatoarei, vizavi de faptul că:

„În pofida faptului ca exista acel precedent cu privire la societatea ... SRL, din moment ce acestei societăți nu i s-a interzis, prin hotărâre judecătorească de a participa la proceduri de achiziții publice, autoritatea contractantă în raport cu toate experiențele și documentele avute la dispoziție, trebuia să analizeze în mod obiectiv măsurile luate de societatea noastră doar în urma acestei verificări să se pronunțe asupra abaterii noastre.

In acest sens invocam următoarele decizii pentru exact aceasta situație:

1. Decizia nr. 605/C2/508/13.04.2020 a CNSC prin care s-a dispus admiterea contestației noastre pentru exact aceleași motive și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei noastre, în urma căreia am fost declarați câștigătorul licitației.

2. **Decizia nr. 210/R/09.06.2020 a Curtii de Apel Targu Mures, prin care s-a admis plangerea asocierii la care a fost parte societatea noastră și care a fost exclusă pentru aceeași abatere, raportat la același document constatator.**

În cuprinsul deciziei amintite de contestatoare, nr. 605/C2/508/13.04.2020 se constată faptul că este vorba despre **același document constatator**, Consiliul a reținut următoarele:

„...a inițiat procedura simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect *„refacere și consolidare corp drum pe DJ 134A, sector km 9+730 – 9+830, afectată de alunecare de teren (proiectare și execuție)”*, prin publicarea, în SEAP, a anunțului nr. SCN1060710/20.12.2019. Valoarea estimată a contractului este de 1.363.627,95 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire stabilit este *„cel mai bun raport calitate - preț”*.

Împotriva deciziei de respingere a ofertei sale, pentru motivele evocate mai sus, asocieria ... SRL – ... SRL (denumită în continuare ... SRL) a învestit Consiliul cu soluționarea contestației ce formează obiectul prezentei cauze, constituind și cauțiunea aferentă.

Preliminar analizării aspectelor de fond sesizate de autoarea contestației, se impune lichidarea controversei legată de structura care deține calitatea de autoritate contractantă în speță, pornind de la afirmația ... SRL că emitentul raportului procedurii de atribuire este ..., cu toate că autoritatea contractantă este UAT

Potrivit art. 96 alin. (1) din Ordonanța de urgență nr. 57/2019 privind Codul administrativ, unitățile administrativ-teritoriale sunt persoane juridice de drept public, cu capacitate juridică deplină și patrimoniu propriu.

În același act normativ se prevede la art. 109 alin. (1) că reprezentarea în justiție a unităților administrativ-teritoriale se asigură de către primar sau de către președintele consiliului județean.

Totodată, Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice recunoaște la art. 4 calitatea de autoritate contractantă și structurilor din componența autorităților și instituțiilor publice centrale sau locale care au delegată calitatea de ordonator de credite și care au stabilite competențe în domeniul achizițiilor publice.

Instituții publice locale, conform Legii nr. 273/2006 privind finanțele publice locale, sunt *„comunele, orașele, municipiile, sectoarele municipiului București, județele, municipiul București, instituțiile și serviciile publice din subordinea acestora, cu personalitate juridică, indiferent de modul de finanțare a activității acestora”*.

În consecință CONSILIULUI JUDEȚEAN ... nu deține calitatea de autoritate contractantă, ci ..., cum de altfel este menționat și în anunțul de participare și modelul de contract de lucrări, înșă acesta poate fi reprezentat de către primul, mai precis de către președintele consiliului județean.

Organul jurisdicțional are cunoștință și de abordarea Înaltei Curți de Casație și Justiție, Completul competent să judece recursul în interesul legii, din Decizia nr. 16 din 18 septembrie 2017, pct. 52, conform căreia, în materia contenciosului administrativ, nu este relevantă personalitatea juridică a autorității publice, ci capacitatea ei administrativă, constând în aptitudinea prevăzută de lege de a realiza prerogative de putere publică asigurând organizarea executării și executarea în concret a legii.

Cu luarea în considerare a celor de mai sus, Consiliul nu va achiesa la solicitarea contestatoarei de anulare a raportului procedurii de atribuire, pentru motivul mai sus dezbătut.

Revenind la cauza aflată pe rol, Consiliul constată că motivul respingerii ofertei sale este expus în comunicarea nr. 6009/18.03.2020 și detaliat astfel (sublinierile aparțin autorității contractante):

Motivul respingerii:

... a luat act de următoarele:

- Documentul constatator negativ nr. 12941/11.06.2019 pentru refuzul contractantului SC ... SRL de a semna al 8 - lea Contract subsecvent a Acordului cadru nr. 23/17899/02.08.2017;

- Hotărârea civilă cu nr.38/2020 prin care Curtea de Apel Târgu Mureș a dispus menținerea documentului constatator cu conținut negativ, subliniind faptul că „neexecutarea obligației ce derivă din încheierea unui acord-cadru, respectiv cea de a semna contractul de achiziție subsecvent are semnificația prevăzută de dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. (g) din Legea nr. 98/2016, respectiv de încălcare gravă a obligațiilor contractuale”. Decizia Curții de Apel a fost definitivă.

Comisia de evaluare luând act de cele mai sus menționate, **exclude** din procedura de achiziție Asocierea SC ... SRL - SC Total Proiect SRL în baza art.167 alin. 1) lit. g) al Legii 98/2016 care prevede următoarele „Autoritatea, contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.”

Procedura de achiziție publică pentru atribuirea contractului „Refacere și consolidare corp drum pe DJ 134A, sector km 9+730 - 9+830, afectată de alunecare de teren (proiectare și execuție)”, a fost anulată pe baza art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea achizițiilor publice nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare: „*Autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/ acordului-cadru în următoarele cazuri: dacă nu a fost depusă nicio ofertă/ solicitare de participare sau dacă nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă*”.

Așadar, motivul respingerii îl reprezintă existența **documentului constatator cu conținut negativ nr. 12941/11.06.2019**, emis de autoritatea contractantă în speță, document care, astfel cum rezultă din înscrisurile dosarului cauzei și din susținerile părților, a fost atacat la Tribunalul ... de către ... SRL, instanța, prin sentința civilă nr. 1552/04.11.2019, admitând în parte acțiunea reclamantei, în sensul anulării doar a punctului 9 din documentul constatator nr. 12941 din 11.06.2019, referitor la prejudiciul adus autorității contractante, celelalte petite respingându-le ca neîntemeiate. Se reține, totodată, că instanța de recurs Curtea de Apel Târgu-Mureș a menținut decizia emisă pe fond, pronunțând, în acest sens, decizia nr. 38R din 22.01.2020.

Analizând actele normative incidente, Consiliul reține că, sub imperiul legii valabile la momentul prezentei proceduri sunt aplicabile dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 ce stabilesc:

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

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

De asemenea, dispozițiile art. 171 din același act normativ prevăd măsuri de atenuare a acestei sancțiuni, după cum urmează:

(1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate

de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

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

(3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la [art. 164](#) și [167](#) le poate furniza autorității contractante, în sensul prevederilor [alin. \(1\)](#), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația, și la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite.

(3¹) Autoritatea contractantă evaluează măsurile luate de operatorii economici și dovedite în conformitate cu prevederile [alin. \(3\)](#), ținând seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale infracțiunii sau abaterii avute în vedere.

(3²) În cazul în care măsurile prevăzute la [alin. \(3¹\)](#) sunt considerate insuficiente de către autoritatea contractantă, aceasta transmite operatorului economic o expunere a motivelor care au condus la luarea deciziei de excludere a acestuia din procedura de atribuire.

În contextul dispozițiilor legale citate mai sus, pentru aplicarea motivului de excludere prevăzut de [art. 167 alin. \(1\) lit. g](#) din [Legea nr. 98/2016](#), este necesar să fie îndeplinite următoarele condiții cumulative:

- încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale;
- încălcarea obligațiilor principale să fi intervenit în derularea unuia dintre următoarele tipuri de contracte încheiate anterior: contract de achiziții publice, contract sectorial, contract de concesiune;
- încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale să fi condus la una din următoarele consecințe (sanțiuni): încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese, alte sanțiuni comparabile.

Însă, aceste condiții cumulative arătate sunt completate de precizările aduse de [art. 171](#) din [Legea nr. 98/2016](#), prin [alin. \(1\)-\(3²\)](#) în sensul furnizării dovezilor pentru demonstrarea credibilității și care, în cazul în care sunt apreciate ca suficiente, înlătură măsura excluderii, iar în situația considerării lor ca insuficiente este transmisă operatorului economic o expunere a motivelor care au condus la luarea deciziei de excludere.

Cădea în sarcina autorității contractante, verificarea aspectelor anterior subliniate. Or, din niciun document regăsit în dosarul achiziției nu reiese o minimă analiză în sensul arătat anterior, autoritatea contractantă mărginindu-se, astfel cum rezultă din procesul-verbal de evaluare nr. 335/13.03.2020, să ia act de o informare transmisă de o direcție din cadrul consiliului județean cum că instanța de recurs, Curtea de Apel Târgu-Mureș, a respins recursul formulat de ... SRL împotriva sentinței civile propunțată de Tribunalul ... și, bazându-se pe mențiunea din decizia instanței de recurs [*neexecutarea obligației ce derivă din încheierea unui acord-cadru, respectiv cea de a semna contractul de achiziție subsecvent are semnificația prevăzută de dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. (g) din Legea nr. 98/2019, respectiv de încălcare gravă a obligațiilor contractuale*] a decis excluderea ofertantului.

Or, această conduită nu poate convinge asupra faptului că achizițtoarea a înțeles că operațiunea de verificare (evaluare) a ofertelor nu este una abstractă. În lipsa unor verificări dictate expres de [art. 171](#), antecitat, activitatea de evaluare a ofertelor devine una conjuncturală, subiectivă și arbitrară, comisia de evaluare putând să respingă sau să declare admisibilitatea unei oferte, chiar dacă ea nu este pe deplin justificată.

Cele mai sus reținute sunt susținute și de jurisprudența recentă a CJUE, care în decizia sa din 03 octombrie 2019, pronunțată în cauza C-267/18, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul [art. 267 TFUE](#) de Curtea de Apel București (Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA împotriva Companiei Naționale de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA) a dispus:

În sfârșit, în cazul în care constată că sunt îndeplinite condițiile prevăzute la [articolul 57 alineatul \(4\) litera \(g\) sau \(h\)](#) din [Directiva 2014/24](#), autoritatea contractantă trebuie, pentru a

respecta prevederile articolului 57 alineatul (6) din această directivă coroborat cu considerentul (102) al directivei menționate, să lase posibilitatea operatorului economic în cauză să furnizeze dovezi care să ateste că măsurile corective pe care acesta din urmă le-a luat sunt suficiente pentru a evita repetarea neregularității aflate la originea rezilierii contractului de achiziții publice anterior și că, prin urmare, acestea sunt de natură să demonstreze fiabilitatea sa în pofida existenței unei cauze facultative de excludere relevante.

În aceste condiții, trebuie să se răspundă la întrebarea adresată că articolul 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24 trebuie interpretat în sensul că subcontractarea de către un operator economic a unei părți din lucrări în cadrul unui contract de achiziții publice anterior, decisă fără consimțământul autorității contractante și care a condus la rezilierea acestui contract, constituie o deficiență semnificativă sau persistentă la îndeplinirea unei cerințe de fond aferente contractului de achiziții publice menționat, în sensul dispoziției respective, și este, așadar, de natură să justifice excluderea acestui operator economic de la participarea la o procedură de achiziție publică ulterioară dacă, după ce a procedat la propria evaluare a integrității și a fiabilității operatorului economic vizat de rezilierea contractului de achiziții publice anterior, autoritatea contractantă care organizează această procedură de achiziție publică ulterioară apreciază că o astfel de subcontractare determină ruperea legăturii de încredere cu operatorul economic în cauză. **Înainte de a pronunța o astfel de excludere, autoritatea contractantă trebuie însă, în conformitate cu articolul 57 alineatul (6) din această directivă coroborat cu considerentul (102) al directivei menționate, să lase posibilitatea acestui operator economic să prezinte măsurile corective pe care le-a adoptat ca urmare a rezilierii contractului de achiziții publice anterior.**

Din pledoaria autorității contractante, Consiliul apreciază că aceasta are o înțelegere greșită asupra rolului clarificării instituită de art. 171 din lege, întrucât dovezile și măsurile la care se referă legiuitorul nu sunt cele referitoare la abatere ci la demonstrarea credibilității ofertantului în pofida motivului de excludere.

În contextul mai sus enunțat, se impune reverificarea condițiilor de admisibilitate a ofertei ... SRL, prin prisma situațiilor de excepție referitoare la excluderea operatorului, respectiv incidența art. 171 din HG nr. 395/2016.

Concluzionând, Consiliul va admite, în parte, contestația ... SRL, va anula raportul procedurii nr. 6037/18.03.2020, și va obliga autoritatea contractantă la reclarificarea și reevaluarea ofertei contestatoarei, precum și la emiterea unui nou act de evaluare, cu respectarea celor ce preced."

Raționamentul conturat de Consiliu a fost validat de instanțele de judecată, cu titlu de exemplu fiind jurisprudența invocată de autoarea contestației, un exemplu relevant fiind Decizia nr. 210/R/09.06.2020 a Curții de Apel Târgu Mureș, prin care s-a admis plângerea asocierii la care a fost parte contestatoarea din prezenta cauză ... S.R.L. și care a fost exclusă pentru aceeași abatere, **raportat la același document constatat.**

Considerentele reținute de Curtea de Apel Târgu Mureș în cuprinsul Deciziei nr. 210/R/09.06.2020 sunt următoarele:

„Analizand plangerea formulata, instanța apreciaza ca aceasta este intemeiata, pentru urmatoarele considerente:

Petenta a contestat raportul procedurii nr. 7065/26.03.2020, emis de autoritatea contractanta ..., susținand ca este nelegala excluderea din procedura de achiziție a ofertei sale, dispusa in temeiul art. 167 alin. 1 lit. g din Legea nr. 98/2016, fara parcurgerea procedurii de clarificare prevazuta de art. 171 din aceeași lege.

Textul aplicat de autoritatea contractanta, art. 167 alin. 1 lit. g) din Legea nr. 98/2016, este in sensul urmator:

„Autoritatea contractanta exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publica/acordului-cadru orice operator economic care se afla in oricare dintre urmatoarele situații: (...); g) operatorul economic și-a incalcat in mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau in cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune incheiate anterior, iar aceste incalcarri au dus la incetarea anticipate a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile".

In concret, pentru a dispune excluderea petentei Asocierea ... S.R.L. - ... S.R.L. - ... S.R.L., comisia de evaluare din cadrul autorității contractante a avut in vedere **documentul constatat nr. 12941/11.06.2019, emis de ... in legatura cu acordul-cadru nr. 23/17899/02.08.2017, avand ca obiect întreținere curenta și periodică - plombări și covoare bituminoase - pe drumurile județene - ..., pentru perioada 2017-2020, pentru Lot nr. 1", prin care s-a constatat refuzul societății ...**

SRL (membru al asocierii petente) de a semna un contract subsecvent acordului cadru, ceea ce a condus la rezilierea acordului cadru. S-a reținut ca contractantul ... SRL a contestat documentul constatator și ca Tribunalul ..., prin sentința nr. 38/2020, a dispus menținerea acestui document, a constatat culpa contractantului și a anulat punctul referitor la prejudiciu, intrucat estimarea prejudiciului s-a facut in mod netemeinic de catre autoritatea contractanta. Comisia de evaluare a mai constatat ca impotriva acestei hotarari s-a declarat recurs, iar Curtea de Apel Targu Mures a menținut hotararea Tribunalului ..., subliniind faptul ca „neexecutarea obligației ce deriva din incheierea unui acord-cadru, respectiv cea de a semna contractul de achiziție subsecvent are semnificația prevazuta de dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea 98/2016, respectiv de incalcare grava a obligațiilor contractuale”.

Respingand contestația, Consiliul a apreciat ca, față de documentul constatator menționat, menținut de instanța de judecată, incidența dispozițiilor art. 167 alin. 1 lit. g din Legea nr. 98/2016 este fara dubiu, aplicarea acestora de catre autoritatea contractanta fiind corecta și legala; ca, fiind vorba despre un document constatator emis de aceeași autoritate contractanta, solicitarea de clarificari in temeiul art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, nu ar avea nici o eficiență juridică; respectiv ca sunt inadmisibile criticile referitoare la incalcarea principiului proporționalității prin incheierea de catre autoritatea contractanta, ulterior rezilierii acordului cadru, a unui alt contract la un preț ridicat.

Dispozițiile art. 171 alin. 1-3 din Legea nr. 98/2016 (forma in vigoare la data inițierii procedurii de atribuire), invocate de petenta, prevad urmatoarele:

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

In cazul in care autoritatea contractanta considera dovezile prezentate de operatorul economic in conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea in concret a credibilității, autoritatea contractanta nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire.

Dovezile pe care operatorul economic aflat in oricare dintre situațiile prevazute la art. 164 167 le poate furniza autorității contractante, in sensul prevederilor alin. (1), se refera la efectuarea de catre operatorul economic a plății sau la asumarea de catre operatorul economic a obligației de plata a despagubirilor in ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o alta fapta ilicita, clarificarea de catre operatorul economic in mod complet a faptelor și împrejurarilor in care a fost comisa infracțiunea sau alta fapta ilicita, prin cooperarea activa cu autoritățile care efectueaza investigația, și la adoptarea de catre operatorul economic a unor masuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și in materie de personal, cum ar fi eliminarea legaturilor cu persoanele organizațiile implicate in comportamentul necorespunzator, masuri de reorganizare a personal ului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectarii dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind raspunderea și plata despagubirilor, pentru a preveni savarsirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite”.

Din interpretarea dispozițiilor citate, Curtea reține ca excluderea unui ofertant din procedura de achiziție implica o apreciere a comisiei de evaluare cu privire la gravitatea incalcarii obligator contractual și la consecințele acesteia.

In cauza, se observa ca nu a existat o atare analiza, in acest sens relevant fiind cuprinsul raportului procedurii, din care rezulta ca comisia de evaluare s-a limitat la a lua act de informarea referitoare la existența documentului constatator nr. 12941/11.06.2019 și la soluționarea definitiva a cererii de chemare in judecata avand ca obiect anulara acestuia. In acest sens, in raportul procedurii se arata: „Comisia de evaluare luand act de cele mai sus menționate exclude din procedura de achiziție Asocierea ... S.R.L. - ... S.R.L. - ... S.R.L. in baza art. 167 alineat 1 litera g al Legii 98/2016”.

Chiar daca textele art. 167 și urmatoarele din Legea nr. 98/2016 nu prevad expres in sarcina autoritatii contractante obligația de a solicita ofertantului clarificari referitoare la situația de excludere constatata, din interpretarea coroborata a acestora rezulta ca o asemenea obligate exista.

În acest sens, atata timp cat art. 171 alin. 1 prevede ca orice operator economic aflat in una dintre situațiile care atrag excluderea din procedura de atribuire „poate furniza dovezi care sa arate ca masurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra in concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere”, iar conform alin. 2, in funcție de dovezile prezentate, autoritatea contractanta poate sa nu dispuna excluderea, rezulta ca este necesar ca o asemenea posibilitate (de a furniza dovezi) sa-i fie acordata operatorului economic ofertant. Cu alte cuvinte, se impune sa-i fie adusa la cunoștința constatarea unei situații care ar putea atrage excluderea, acordandu-i-se posibilitatea de a aduce dovezi referitoare la aceasta.

De asemenea, art. 168 alin. 1 stabilește obligația pentru autoritatea contractanta de a accepta orice document considerat edificator (pentru a demonstra ca nu sunt incidente situațiile de excludere) in țara de origine a ofertantului; or, pentru a fi respectata aceasta obligate, ofertantului trebuie sa-i fie acordata ocazia de a depune un asemenea document.

In ceea ce privește motivele de excludere referitoare la subcontractanți, art. 170 prevede ca autoritatea contractanta solicita, o singura data, ofertantului sa inlocuiasca un subcontractant in legatura cu care a fost identificata o situație de excludere.

Deși aceste din urma articole (168 170) nu sunt incidente in cauza, ele sunt relevante intrucat din ansamblul textelor menționate mai sus rezulta viziunea legiuitorului asupra situațiilor de excludere din procedura de achiziție, susținand concluzia ca ofertantului trebuie sa i se acorde posibilitatea de a furniza dovezi in baza carora sa nu fie aplicata masura excluderii.

Chiar daca legiuitorul a reglementat expres „remedii” pentru anumite motive de excludere (la art. 167 alin. 2, alin. 6 și alin. 7 ind. 1), astfel cum susține intimata intervenienta, nu se poate considera ca in

celelalte cazuri dispozițiile art. 171 nu sunt aplicabile, având în vedere că aceste dispoziții nu fac nici o distincție între situațiile de excludere și, dimpotrivă, se referă la „orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167”.

Aspectul reținut de Consiliu, ca documentul constatator care a stat la baza excluderii a fost emis de aceeași autoritate contractantă, nu prezintă relevant nu este de natură a justifica excluderea din procedura fără efectuarea unor minime verificări cu privire la situația ofertantului.

Nu se poate pune semnul egalității între comisia de evaluare desemnată pentru procedura de achiziție examinată în cauza autoritatea contractantă emitentă a documentului constatator. Comisia de evaluare, desemnată potrivit dispozițiilor art. 126 din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, are atribuții limitate la procedura de atribuire derulată, conform art. 127 din Norme, fiind posibil ca în aceeași perioadă, pentru atribuirea mai multor contracte/acorduri cadru, să fie desemnate mai multe comisii. Chiar dacă sunt constituite în cadrul aceleiași autorități contractante, din component comisiilor de evaluare este posibil să nu facă parte nici una dintre persoanele care au semnat documentele constatatoare emise cu privire la contractele încheiate anterior (acesta fiind cazul și în speta), astfel încât acestea să nu fi luat cunoștință, nemijlocit de aspectele atestate prin documentul constatator.

În plus, chiar dacă s-ar reține ca autoritatea contractantă cunoaște împrejurările care au determinat încetarea contractului anterior și întocmirea documentului constatator, dovezile la care face trimitere art. 171 se referă la măsurile luate de operatorul economic pentru a-și demonstra credibilitatea - acoperirea prejudiciului constat, cooperarea cu autoritățile care efectuează investigația, adoptarea unor măsuri la nivel tehnic, organizational și în materie de personal, pentru a preveni savârșirea unor alte fapte ilicite etc.

În aceeași ordine de idei, este eronată și constatarea Consiliului în sensul că „solicitarea de clarificări în baza art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, se referă la dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 le poate furniza autorității contractante, în sensul prevederilor alin. (1), iar nu la experiența profesională a operatorului economic sau la demonstrarea credibilității sale”, fiind contrazisă de chiar textul alineatului 1 al art. 171, care se referă expres la demonstrarea în mod concret a credibilității prin raportare la motivele de excludere.

În acest context, Curtea mai subliniază că încălcarea gravă a obligațiilor contractuale, constatată de instanța de recurs prin Decizia nr. 38/R/22.01.2020, se referă strict la cauza dedusă judecării - la documentul constatator atacat și la justificarea rezilierii contractului - nu la comportamentul petentei ca operator economic participant la proceduri de achiziție.

Or, acest comportament, raportat și la constatarea anterioară a unei abateri care ar justifica excluderea din procedura de achiziție, trebuie analizat în concret, în fiecare caz în parte, prin prisma dovezilor prezentate de operatorul economic.

Sub acest aspect a fost invocat de petenta și principiul proportionalității, prevăzut de art. 2 alin. 2 lit. e din Legea nr. 98/2016, în sensul că nu s-a efectuat o corelare între abaterea constatată anterior activitatea și profesionalismul general și concret al societății ... SRL. Or, în analiza acestei critici, Consiliul nu a avut în vedere motivele expuse de petenta contestatoare și, pornind de la un singur argument invocat, a reținut că nu poate analiza încheierea unui contract în cadrul unei alte proceduri.

În sensul efectuării unei analize de la caz la caz a motivului care ar justifica excluderea din procedura și a dovezilor prezentate de operatorul economic, s-a pronunțat și Curtea de Justiție a Uniunii Europene în jurisprudența sa.

Astfel, în hotărârea din 3.10.2019, pronunțată în cauza C-267/18, Delta Antrepriza de Construcții și Montaj 93 SA împotriva Companiei Naționale de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, CJUE a reținut că „în cazul în care constată că sunt îndeplinite condițiile prevăzute la articolul 57 alineatul (4) litera (g) sau (h) din Directiva 2014/24, autoritatea contractantă trebuie, pentru a respecta prevederile articolului 57 alineatul (6) din această directivă coroborat cu considerentul (102) al directivei menționate, să lase posibilitatea operatorului economic în cauză să furnizeze dovezi care să ateste că măsurile corective pe care acesta din urmă le-a luat sunt suficiente pentru a evita repetarea neregularității aflate la originea rezilierii contractului de achiziții publice anterior ca, prin urmare, acestea sunt de natură să demonstreze fiabilitatea sa în pofida existenței unei cauze facultative de excludere relevante” (par. 37).

De asemenea, în hotărârea din 30.01.2020 în cauza C 395/18, CJUE a stabilit că: „Necesitatea de a respecta principiul proportionalității este reflectată și la articolul 57 alineatul (6) primul paragraf din Directiva 2014/24, în temeiul căruia orice operator economic care se află în special în situația prevăzută la articolul 57 alineatul (4) litera (a) din această directivă, inclusiv, astfel cum reiese din cuprinsul punctului 43 din prezenta hotărâre, ca urmare a încălcării constatate în privința unui subcontractant indicat în oferta, poate furniza dovezi pentru a atesta că măsurile pe care le-a luat sunt suficiente pentru a dovedi fiabilitatea sa, în ciuda existenței acestui motiv de excludere. Articolul 57 alineatul (6) primul paragraf din Directiva 2014/24 precizează că, dacă aceste dovezi sunt considerate suficiente, operatorul economic în cauză nu trebuie să fie exclus din procedura de achiziții. Această dispoziție introduce astfel un mecanism de măsuri corective (self cleaning) care subliniază importanța acordată fiabilității operatorului economic (Hotărârea din 19 iunie 2019, Meca, C 41/18, EU:C:2019:507, punctele 40 și 41)” (par. 49).

„O excludere automată a operatorului economic care a depus oferta, prevăzută de reglementarea națională, prin faptul că privează, pe de o parte, acest operator de posibilitatea de a prezenta elemente detaliate cu privire la situație și, pe de altă parte, autoritatea contractantă de a dispune de o marjă de apreciere în această privință, nu poate fi considerată compatibilă cu articolul 57 alineatele (4) și (6) din Directiva 2014/24 și cu principiul proportionalității” (par. 54).

In hotararea din 13.12.2012 in cauza C-465/11, CJUE a statuat, in interpretarea art. 45 alin. 2 lit. d al Directivei 2004/18, ca constatarea existentei unei abateri grave „necesita, in principiu, efectuarea unei aprecieri concrete și individualizate a atitudinii operatorului economic in cauza” (par. 31).

Contrar constatarii Consiliului, Curtea mai reține ca petenta contestatoare, in susținerea cererii sale de obligare a autorității contractante sa-i solicite clarificari, aduce argumente referitoare atat la activitatea societății ... SRL și la contractele derulate de aceasta, in susținerea credibilității societății, cat și la masurile luate pentru a preveni posibilitatea repetării unei abateri de natura celei constatate prin documentul constatatator avut in vedere.

Or, fata de dispozițiile legale citate mai sus și de jurisprudența CJUE in interpretarea prevederilor directivelor transpuse in legislația naționala, se impune concluzia ca inainte de a aplica masura excluderii, autoritatea contractanta are obligația de a efectua o analiza in concret a motivului de excludere și a dovezilor aduse de ofertant in susținerea fiabilității și credibilității sale.

Pentru motivele expuse, Curtea apreciaza ca prin excluderea din procedura a petentei, fara a i se solicita clarificari și a i se acorda posibilitatea de a prezenta dovezi pentru demonstrarea credibilității sale, au fost incalcate dispozițiile art. 171 din Legea nr. 98/2016, plangerea formulata fiind intemeiata.”

Reținând, cu titlu de jurisprudențial și considerentele Curții de Apel Târgu-Mureș în Decizia nr. 210/R/09.06.2020 a pronunțată, în legătură cu același Document Constatator nr. 12941/11.06.2019, reclamat în prezenta cauză:

“(…) Chiar daca textele art. 167 și urmatoarele din Legea nr. 98/2016 nu prevad expres in sarcina autoritatii contractante obligația de a solicita ofertantului clarificari referitoare la situația de excludere constatata, din interpretarea coroborata a acestora rezulta ca o asemenea obligatie exista.

În acest sens, atata timp cat art. 171 alin. 1 prevede ca orice operator economic aflat in una dintre situațiile care atrag excluderea din procedura de atribuire „poate furniza dovezi care sa arate ca masurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra in concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere”, iar conform alin. 2, in funcție de dovezile prezentate, autoritatea contractanta poate sa nu dispuna excluderea, rezulta ca este necesar ca o asemenea posibilitate (de a furniza dovezi) sa-i fie acordata operatorului economic ofertant. Cu alte cuvinte, se impune sa-i fie adusa la cunoștința constatarea unei situații care ar putea atrage excluderea, acordandu-i-se posibilitatea de a aduce dovezi referitoare la aceasta.

De asemenea, art. 168 alin. 1 stabilește obligația pentru autoritatea contractanta de a accepta orice document considerat edificator (pentru a demonstra ca nu sunt incidente situațiile de excludere) in tara de origine a ofertantului; or, pentru a fi respectata aceasta obligatie, ofertantului trebuie sa-i fie acordata ocazia de a depune un asemenea document.

(…)

In sensul efectuării unei analize de la caz la caz a motivului care ar justifica excluderea din procedura și a dovezilor prezentate de operatorul economic, s-a pronunțat și Curtea de Justiție a Uniunii Europene in jurisprudenta sa.

Astfel, in hotararea din 3.10.2019, pronunțata in cauza C-267/18, Delta Antrepriza de Constructii și Montaj 93 SA impotriva Companiei Nationale de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, CJUE a reținut ca „în cazul în care constata ca sunt indeplinite conditiile prevazute la articolul 57 alineatul (4) litera (g) sau (h) din Directiva 2014/24, autoritatea contractanta trebuie, pentru a respecta prevederile articolului 57 alineatul (6) din aceasta directiva coroborat cu considerentul (102) al directivei mentionate, sa lase posibilitatea operatorului economic in cauza sa furnizeze dovezi care sa ateste ca masurile corective pe care acesta din urma le a luat sunt suficiente pentru a evita repetarea neregularitatii aflate la originea rezilierii contractului de achizitii publice anterior ca, prin urmare, acestea sunt de natura sa demonstreze fiabilitatea sa in pofida existentei unei cauze facultative de excludere relevante” (par. 37).

De asemenea, in hotararea din 30.01.2020 in cauza C 395/18, CJUE a stabilit ca: „Necesitatea de a respecta principiul proportionalitatii este reflectata și la articolul 57 alineatul (6) primul paragraf din Directiva 2014/24, in temeiul caruia orice operator economic care se afla in special in situatia prevazuta la articolul 57 alineatul (4) litera (a) din aceasta directiva, inclusiv, astfel cum reiese din cuprinsul punctului 43 din prezenta hotarare, ca urmare a incalcării constatate in privinta unui subcontractant indicat in oferta, poate furniza dovezi pentru a atesta ca masurile pe care le a luat sunt suficiente pentru a dovedi fiabilitatea sa, in ciuda existentei acestui motiv de excludere. Articolul 57 alineatul (6) primul paragraf din Directiva 2014/24 precizeaza ca, daca aceste dovezi sunt considerate suficiente, operatorul economic in cauza nu trebuie sa fie exclus din procedura de achizitii. Aceasta dispozitie introduce astfel un mecanism de masuri corective (self cleaning) care subliniaza importanta acordata fiabilitatii operatorului economic (Hotararea din 19 iunie 2019, Meca, C 41/18, EU:C:2019:507, punctele 40 și 41)” (par. 49).

„O excludere automata a operatorului economic care a depus oferta, prevazuta de reglementarea nationala, prin faptul ca priveaza, pe de o parte, acest operator de posibilitatea de a prezenta elemente detaliate cu privire la situatie și, pe de alta parte, autoritatea contractanta de a dispune de o marja de apreciere in aceasta privinta, nu poate fi considerate compatibila cu articolul 57 alineatele (4) și (6) din Directiva 2014/24 și cu principiul proportionalitatii” (par. 54).

In hotararea din 13.12.2012 in cauza C-465/11, CJUE a statuat, in interpretarea art. 45 alin. 2 lit. d al Directivei 2004/18, ca constatarea existentei unei abateri grave „necesita, in principiu, efectuarea unei aprecieri concrete și individualizate a atitudinii operatorului economic in cauza” (par. 31)

Curtea apreciază că prin excluderea din procedură a petentei, fără a i se solicita clarificări și a i se acorda posibilitatea de a prezenta dovezi pentru demonstrarea credibilității sale, au fost încălcate dispozițiile art. 171 din Legea nr. 98/2016 (...).”

În contextul mai sus enunțat, se impune reverificarea condițiilor de admisibilitate a ofertei ... S.R.L., prin prisma situațiilor de excepție referitoare la excluderea operatorului, respectiv incidența dispozițiilor art. 171 din Legea nr. 98/2016.

Pe cale de consecință, în absența unei analize temeinice, cele menționate de autoritatea contractantă, în raportul procedurii de atribuire și în punctul său de vedere, nu pot fi reținute de Consiliu, deoarece jurisprudența sa este constantă, în sensul că orice decizie a autorității contractante privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele.

Așadar, pentru motivele arătate, se constată că se impune reluarea procedurii de atribuire, cu obligarea autorității contractante la reverificarea ofertei depusă de către ... S.R.L.

Luând în considerare ansamblul considerentelor anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul admite, în parte, contestația formulată de către ... S.R.L., în contradictoriu cu

Anulează, în parte, *Procesul-verbal nr. 7791/12.10.2021 privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare* în referire la oferta depusă de către ... S.R.L. și toate actele subsecvente acestuia, inclusiv *Raportul procedurii nr. 2904/25.03.2022*, precum și comunicările privind rezultatul procedurii.

Obligă ... la reevaluarea ofertei depusă de către ... S.R.L. și stabilirea rezultatului procedurii, în termen de 15 zile de la primirea decizie, cu respectarea celor din motivare, a documentației de atribuire și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice. Rezultatul procedurii va fi comunicat operatorilor economici în termenul legal.

Cererea ... S.R.L. privind obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de prezentul litigiu, este respinsă ca nefondată, deoarece contestatoarea nu a prezentat documente doveditoare în acest sens.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația formulată de către ... S.R.L., cu sediul în ..., reprezentată convențional prin ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor procedurale în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în

Anulează, în parte, *Procesul-verbal nr. 7791/12.10.2021 privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare* în referire la oferta depusă de către ... S.R.L. și toate actele

subsecvente acestuia, inclusiv, *Raportul procedurii nr. 2904/25.03.2022* precum și comunicările privind rezultatul procedurii.

Obligă ... la reevaluarea ofertei depusă de către ... S.R.L. și stabilirea rezultatului procedurii, în termen de 15 zile de la primirea decizie, cu respectarea celor din motivare, a documentației de atribuire și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice. Rezultatul procedurii va fi comunicat operatorilor economici în termenul legal.

Respinge, ca nefondată, cererea ... S.R.L. privind obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de prezentul litigiu.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactat practicaua deciziei

...