



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980

Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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. /, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. /, înaintată de SC SRL, cu sediul în,, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin - Administrator, lider al Asocierii SC SRL SRL, formulată împotriva rezultatului intermediar al procedurii nr. 1778/28.03....., emis de, cu sediul în,, în calitate de autoritate contractantă în procedura, licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică având ca obiect „Servicii de dezvoltare soft și bază de date IPA-ONLINE pentru adaptarea aplicației în vederea gestionării electronice a primirii cererilor de plată în anul conform legislației noii politici agricole comune (PAC)”, cu anunț de participare nr., publicat în SEAP la data de, s-a solicitat Consiliului:

- „anularea măsurii de excludere a ofertei subscrisei din procedura de atribuire ca nelegală și netemeinică;
- anularea adresei de comunicare a rezultatului intermediar și a tuturor actelor subsecvente acesteia;
- reevaluarea ofertei depuse de către asocieria noastră ținând cont de considerentele expuse în prezenta, cu solicitarea documentelor apreciate ca fiind lămuritoare pentru dovedirea neîncadrării în prevederile art. 167 din Legea nr. 98/2016, respectiv a încadrării în derogările prevăzute de art. 171 din Legea nr. 98/2016;
- continuarea procedurii”.

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

Prin contestația nr./....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr./....., SC SRL atacă rezultatul intermediar al procedurii nr. 1778/28.03....., emis de, în calitate de autoritate contractantă, în procedura de atribuire arătată, considerând nelegală decizia acesteia din urmă de a declara inacceptabilă oferta sa.

Astfel, contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă a luat măsura excluderii ofertei sale de a procedură, cu încălcarea dispozițiilor art. 171 din Legea nr. 98/2016, în favoarea operatorilor susceptibili a se încadra în situațiile prevăzute la art. 167.

Mai mult, contestatoarea precizează că autoritatea contractantă a luat prematur măsura excluderii sale de la procedură. Astfel, în fișa de date a achiziției, la cap. III.2.1.a) *Situația personală a candidatului sau ofertantului*, autoritatea contractantă a stipulat, în mod expres, că documentele, prin care se demonstrează faptul că operatorul economic poate beneficia de derogările prevăzute la art. 166 alin. (2), art. 167 alin. (2), art. 171 din Legea nr. 98/2016, vor fi prezentate, la solicitarea sa, doar de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar, întocmit la finalizarea evoluării ofertelor.

Or, contestatoarea arată că autoritatea contractantă i-a respins oferta fără a-i comunica, în prealabil, că ar fi fost clasată pe locul I în clasamentul intermediar, întocmit la finalizarea evaluării ofertelor și că ar fi necesară prezentarea documentelor, care demonstrează faptul că operatorul economic poate beneficia de derogările prevăzute la art. 166 alin. (2), art. 167 alin. (2) și art. 171 din Legea nr. 98/2016.

Dimpotrivă, chiar dacă i-au fost solicitate anumite documente în temeiul dispozițiilor art. 196 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, contestatoarea susține că, în niciun moment, nu i-a fost solicitată vreo explicație sau vreun document cu privire la presupusa încadrare în prevederile art. 167, pentru a-i fi permise apărări în sensul neîncadrării în cazurile de excludere și, în subsidiar, în sensul încadrării în situațiile derogatorii prevăzute de art. 171 din Legea nr. 98/2016.

În continuare, contestatoarea reclamă netemeinicia excluderii ofertei pe baza documentului constatator nr. 147/22.01.2016, cu privire la contractul nr. 234 din 24.07.2015, încheiat între MDRAP și Asociera SC SRL – SC SRL, precizând că acesta nu menționează nicio „încălcare gravă”.

Raportându-se la dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016, contestatoarea susține că, din documentul constatator nr. 147/22.01.2016, nu reiese nicio situație de neexecutare a contractului, livrare/prestare/executare a unor produse/servicii/lucrări, ce prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract și a niciunei alte situații de o gravitate similară, care să fi prejudiciat în vreun fel autoritatea contractantă.

Or, livrabilele au fost acceptate de către achizitor, prin Raportul de acceptanță nr. 125782/31.12.2015, privind Etapa I - recepția la finalul implementării contractului de prestări servicii nr. 234/24.07.2015.

Potrivit acestui raport de acceptanță: „Având în vedere cele menționate, și pe baza documentelor atașate prezentului raport, comisia de recepție finală acceptă sistemul integrat de management al activităților de investiții, control și integritate, (...)”. De asemenea, în raportul de acceptanță se menționează faptul că au existat recepții anterioare care nu au făcut obiectul raportului de acceptanță: „Respectiva recepție nu implică: - recepția serviciilor de organizare a unor cursuri de instruire în vederea pregătirii și implementării instrumentului informatic de eficientizare a activității de investiții și control din cadrul MDRAP, servicii care au fost recepționate conform procesului-verbal de recepție nr. 125195/29.12.2015; - recepția livrabilelor de hardware și software care au fost recepționate în data de 09.10.2015, conform procesului-verbal de recepție nr. 87040/ 09.10.2015”.

Mai mult, în cuprinsul documentului constatator, se confirmă lipsa oricărei abateri de la calitatea livrabilelor, lipsa oricăror abateri de la întocmirea corespunzătoare a documentelor necesare derulării corespunzătoare a contractului, lipsa oricărei încălcări cu privire la normele de securitate și sănătate a muncii, PSI și protecția mediului precum și lipsa oricărui prejudiciu ce ar fi putut fi adus autorității contractante pe perioada derulării contractului.

Prin urmare, plata unor penalități pentru întârzieri minore nu poate constitui motiv de excludere a ofertei sale de la procedura de atribuire.

Mai mult, conform Anexei 4 la Contractul nr. 1528/1/13.08.2015, încheiat între SC SRL și liderul asocierii, SC SRL, contestatoarea arată că a avut obligația livrării modulelor aferente sistemului, pentru care au fost calculate penalități de întârziere pentru o perioadă de 12 zile, penalități, de altfel, achitate înainte de emiterea documentului constatator.

În consecință, contestatoarea apreciază că nu se poate reține, în sarcina sa, o încălcare gravă, de natura celor prevăzute la art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016.

Pe de altă parte, contestatoarea arată că documentul constatator nr. 147/22.01.2016 a fost emis în temeiul dispozițiilor art. 97¹ din HG nr. 925/2006, ce pune în aplicare prevederile OUG nr. 34/2006.

Prin urmare, contestatoarea apreciază că mențiunile acestuia trebuie să fie interpretate prin prisma efectelor ce le-ar fi produs sub imperiul OUG nr. 34/2006, ce condiționa excluderea de la procedură de producerea unui grav prejudiciu autorității contractante.

În mod similar, contestatoarea reclamă netemeinicia excluderii ofertei sale pe baza documentului constatator nr. 28068/19.10.2016, emis asociatului SC SRL, precizând că rezilierea acordului-cadru nr. T219037/07.05.2014 a avut loc în data de 08.12.2014, conform adresei nr. T226833/08.12.2014, cu mai mult de doi ani înaintea depunerii ofertei în cadrul procedurii de față. Mai mult, ca o consecință a respingerii acțiunii înaintate de SCSRL, rezilierea produsă în temeiul pactului comisoriu prevăzut în contract s-a consolidat cu efecte retroactive începând cu data de 08.12.2014.

De asemenea, contestatoarea susține că, din certificatul constatator nr. 28068/19.10.2016, reiese în mod clar și fără echivoc faptul că nu au existat prejudicii sau potențiale prejudicii cauzate autorității contractante pe perioada derulării contractului.

Pe de altă parte, contestatoarea arată că documentul constatator nr. 28068/19.10.2016 a fost emis cu privire la acordul-cadru încheiat între SCSRL și Baza de Aprovizionare, Gospodărire și Reparații, în timp ce serviciile prestate în temeiul contractelor subsecvente, încheiate în baza acordului-cadru, au fost achitate, fiind, prin urmare, acceptate de către achizitor.

Concluzionând, contestatoarea apreciază că nu se poate reține motivul de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce privește tardivitatea introducerii notificării prealabile, invocate de autoritatea contractantă în răspunsul său nr. 14490 din data de 07.04....., contestatoarea precizează că a înaintat notificarea prealabilă autorității contractante atât prin curier, în data de 03.04..... (ultima zi a termenului), cât și prin fax și mail, în data de 04.04..... (pentru ca autoritatea contractantă să ia cunoștință despre aceasta într-un termen mai scurt).

Cu privire la pretinsa neîndeplinire a cerinței privind experiența relevantă, invocată de autoritatea contractantă în răspunsul la notificarea prealabilă nr. 14490 din data de 07.04....., contestatoarea menționează că acest aspect nu a fost invocat și în comunicarea rezultatului intermediar, transmis prin adresa nr. 1778 din data de 28.03....., motiv pentru care nu se pot reține alte motive de respingere a ofertei decât cele referitoare la motivele de excludere în baza art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa nr. 16513/20.04....., înregistrată la CNSC sub nr. 14853/21.04....., autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea ei ca nefondată.

Pe de o parte, autoritatea contractantă susține că informațiile prezentate de contestatoare în DUAЕ, referitoare la experiența similară, nu probează îndeplinirea prestării de servicii similare conform cerinței din fișa de date a achiziției.

Analizând cele două răspunsuri ale contestatoarei la solicitările de lămurire a acestor aspecte, autoritatea contractantă menționează că membrii comisiei de evaluare nu au identificat categoriile de servicii (module) care formează valoarea de 441.770 lei fără TVA, declarată de asociere în DUAЕ, ca fiind servicii similare cu cele solicitate ca experiență similară prin documentația de atribuire, motiv pentru care au hotărât excluderea ofertei de la procedură în baza dispozițiilor art. 167 alin (1) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016.

Ca urmare a faptului că, după două solicitări de clarificări, contestatoarea nu a transmis documente edificatoare pentru demonstrarea îndeplinirii cerinței de experiență similară, iar prin informațiile transmise (insuficiente și ambigue) au apărut noi neconcordanțe cu privire la valoarea declarată inițial, comisia de evaluare,

conform dispozițiilor legale aplicabile, a accesat site-ul SEAP pentru verificarea documentelor constatatoare pentru îndeplinirea contractului prezentat ca experiență similară și a identificat, pentru ambii membri ai asocierii, documente constatatoare din care rezultă că, în cadrul unor contracte anterioare, nu și-au îndeplinit obligațiile contractuale.

Astfel, conform documentului constatator nr. 147/22.01.2016, rezultă că, în cadrul contractului nr. 234/24.07.2015, prezentat de contestatoare ca experiență similară în DUAE, aceasta nu și-a îndeplinit obligațiile contractuale, fapt pentru care s-au aplicat sancțiuni (penalități), iar conform documentului constatator nr. 28068/ 19.10.2016, emis de către Baza de Aprovizionare, Gospodărire și Reparații, SCSRL nu și-a îndeplinit obligațiile contractuale într-un contract de servicii, fapt care a condus la rezilierea acordului-cadru.

În acest context, autoritatea contractantă precizează că excluderea contestatoarei de la procedură nu s-a făcut, exclusiv, în baza documentului constatator nr. 147/22.01.2016, ci s-a făcut în baza constatării că aceasta a prezentat informații false prin declarația DUAE, Partea III - Motive de excludere, litera C - Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, la secțiunea încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile, ambii membri ai asocierii bifând „nu”.

Astfel, aspectele prezentate anterior au determinat excluderea ofertei asocierii contestatoare din procedură în conformitate cu dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016 (articol transpus în legislația națională din art. 57 alin. (4) din Directiva 2014/24/UE), și nu în conformitate cu art. 167 alin. (1) lit. f) din lege, așa cum susține contestatoarea.

În replică, prin adresa nr. „350/25.04.....”, înregistrată la CNSC sub nr. 15571/25.04....., SC SRL a transmis Consiliului răspuns la punctul de vedere înaintat de autoritatea contractantă, prin care reiterează faptul că motivul de respingere a ofertei sale, ce vizează pretinsa neîndeplinire a cerinței din fișa de date a achiziției privind experiența similară, i-a fost comunicat prin răspunsul la notificarea prealabilă nr. 14490 din data de 07.04.....

De asemenea, contestatoarea reiterează faptul că nu s-a aflat în situația de a fi cauzat o încălcare gravă, „prejudiciabilă achizitorului”, atât în sensul OUG nr. 34/2006, cât și în sensul Legii nr. 98/2016.

Ulterior, ca răspuns la solicitările CNSC nr. 16358/1176C3/28.04..... și nr. 16918/1176C3/04.05....., privind îndeplinirea obligației prevăzute la art. 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, SC SRL a prezentat Consiliului, prin adresele nr. 375/03.05..... și nr. 387/05.05....., înregistrate la CNSC sub nr. 16645/03.05....., respectiv sub nr. 17176/05.05....., dovezile de transmitere a notificării prelabile, în termenul de 5 zile, respectiv prin curier, în data de 03.04.....

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „Servicii de dezvoltare soft și bază de date IPA-ONLINE pentru adaptarea aplicației în vederea gestionării electronice a primirii cererilor de plată în anul conform legislației noii politici agricole comune (PAC)”, cod CPV 72212610-8 – Servicii de dezvoltare de software pentru baze de date (Rev. 2), (în calitate de autoritate contractantă) a inițiat procedura, licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. din, precum și a documentației de atribuire.

Împotriva rezultatului intermediar al procedurii, comunicat cu adresa nr. 1778/28.03....., potrivit căruia oferta sa a fost declarată inacceptabilă, SC SRL a înaintat Consiliului contestația de față (îndeplinind procedura notificării prealabile, stabilită la art. 6 din Legea nr. 101/2016), solicitând anularea actelor atacate, a raportului procedurii și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru SC SRL. La acest moment, nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

În concluzie, documentația acceptată, implicit, de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din legea amintită – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și art. 123 alin. (1) din normele aprobate prin HG nr. 395/2016 – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (relevantă în acest sens este decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, împreună de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

În aceeași direcție, Curtea de Apel Iași, Secția de contencios administrativ și fiscal, a reținut în decizia nr. 2204 din 21 septembrie 2012 că cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă. Raportat la obiectivul general constând în prevenirea și sancționarea încălcării dispozițiilor legale în materia

procedurilor de achiziție publică, nu i se poate reproșa autorității contractante că a analizat ofertele participanților la procedură în raport de cerințele minime de participare necontestate, sancționând neîndeplinirea acestora.

Verificând respectarea termenului de 5 zile prevăzut la art. 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, pentru formularea notificării, Consiliul constată că acesta a fost respectat, întrucât, în data de 03.04....., contestatoarea a transmis, prin e-mail și cu serviciul de curierat rapid DPD, cu AWB 17260001962853, notificarea prealabilă nr. 285. De asemenea, Consiliul are în vedere că transmiterea notificării, în data de 03.04....., prin e-mail, a generat o eroare de transmitere, fapt ce a condus la retransmiterea notificării în data de 04.04..... Prin urmare, Consiliul respinge ca nefondată excepția.

Analizând prezenta cauză, Consiliul constată că, prin adresa nr. 1778/28.03....., contestatoarei i-a fost comunicat faptul că oferta sa a fost exclusă din procedură, în conformitate cu prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016, întrucât nu și-a îndeplinit, în precedent, unele obligații contractuale în mod corespunzător, așa cum rezultă din documentele constatatoare nr. 147/22.01.2016 și nr. 28068/19.10.2016.

Consiliul constată că în cadrul procesului de evaluare, contestatoarei i-au fost solicitate următoarele clarificări:

- prin adresa nr. 1509/20.03....., autoritatea contractantă i-a solicitat să clarifice următoarele aspecte: „... față de informațiile prezentate în DUAE referitoare la experiența similară-cap. III.2.3.a0 Capacitatea tehnică și/sau profesională, vă rugăm să prezentați documentele justificative care probează îndeplinirea prestării de servicii similare conform cerinței din fișa de date realizate de către: 1. EUROPEN FUNDS INVEST în cadrul contractului achiziție de servicii de implementare sistem informatic integrat în cadrul proiectului sistem integrat de management al activităților de investiții, control și integritate în cadrul MDRAP, după cum urmează (...) 2.în cadrul contractului aplicație software (campus virtual și depozit național), după cum urmează (...)”.

La această solicitare, contestatoarea a răspuns prin adresa nr. 237/23.03....., astfel: „... atașăm prezentei documentele solicitate, respectiv: copie a contractului nr. 1059 din data de 13.08.2016 (...); acordul de asociere din data de 18.05.2015 (...); factura nr. 14059 din 31.12.2015 (...); atașăm prezentei documentele solicitate, respectiv: copie a contractului nr. 1217 din data de 07.07.2015 (...); document constatator nr. 1376 din data de 23.11.2015 (...)”.

Analizând răspunsul transmis de contestatoare, prin procesul-verbal nr. 1716/24.03....., de evaluare a răspunsurilor la solicitările de clarificări, autoritatea contractantă a concluzionat următoarele: „... Analizând documentele transmise de către Asociera-.....ca răspuns la solicitarea de clarificări, comisia de evaluare nu a identificat în cadrul acestor documente categoriile de servicii (module) care formează valoarea de 441.770 lei fără TVA declarată de Asociera în DUAR, ca fiind

servicii similare cu cele solicitate ca experiență similară prin fișa de date (...)”.

- prin adresa nr. 1717/24.03....., autoritatea contractantă i-a solicitat să clarifice următoarele aspecte: „... vă rugăm să clarificați următorul aspect: în DUAE ați declarat că ați prestat servicii similare cu obiectul prezentei achiziții în valoare de 441.770 lei fără TVA. Vă rugăm să ne identificați concret, în documentele transmise ca răspuns la solicitarea de clarificări din 20.03....., categoriile de servicii (module) care formează valoarea de 441.770 lei fără TVA declarată de dumneavoastră în DUAE, ca fiind servicii similare ...”.

La această solicitare, contestatoarea a răspuns prin adresa nr. 251/27.03....., astfel: „cu privire la experiența similară a ofertantului, dorim să menționăm că dintr-o eroare de tehnoredactare a fost trecută greșit valoarea serviciilor prestate, aceasta fiind de 5.046.131,39 lei, fără TVA. Toate modulele prezentate în răspunsul la solicitarea de clarificări din data de 23.03..... sunt parte dintr-un sistem informatic integrat care a fost livrat de către EFI în cadrul proiectului și care are la bază cerințele solicitate de către autoritatea contractantă prin fișa de date a achiziției. În acest sens, vă rugăm să primiți atașat DUAE-ul revizuit cu valoarea corectă a serviciilor prestate”.

Cu privire la acest aspect, Consiliul constată că, în procesul-verbal de evaluare a răspunsurilor la solicitările de clarificări nr. 1777/28.03....., pentru asocierea amintită, s-au reținut următoarele: „... în data de 27.03..... un nou DUAE, în care valoarea contractelor de servicii similare celor care fac obiectul prezentei achiziții era declarată la 5.046.131,39 lei. Adresa 251/27.03..... prin care motiva că valoarea de 441.770 lei fără TVA declarată de Asociere în DUAE (depus inițial) pentru experiența similară a fost trecută greșit, dintr-o eroare de tehnoredactare și că valoarea corectă este de 5.046.131,39 lei fără TVA. În urma analizei acestor documente coroborată cu analiza documentelor depuse anterior de către Asociere, comisia de evaluare a observat că valoarea de 5.046.131,39 lei fără TVA nu coincide nici cu valoare din contractul prezentat ca experiență similară, nici cu valoarea serviciilor facturate. În această situație, comisia a decis verificarea îndeplinirii obligațiilor contractuale pentru cei doi asociați. Astfel, s-a accesat de pe site-ul SEAP documentul constatat nr. 147/22.01.2016, aferent contractului nr. 234/24.07.2015 cu MDRAP prezentat ca experiență similară în DUAE. Conform documentului constatat, operatorul economic nu și-a îndeplinit obligațiile contractuale, fapt pentru care s-au aplicat sancțiuni (penalități). Tot de pe site-ul SEAP, comisia a accesat și documentul constatat negativ nr. 28068/19.10.2016 emis de către Baza de Aprovizionare, Gospodărire și Reparații pentru operatorul economiccare nu și-a îndeplinit obligațiile contractuale, fapt care a dus la rezilierea acordului-cadru (...) comisia consideră că Asocierea -nu se califică în etapa de evaluare a DUAE și a hotărât excluderea ei de la procedură în baza art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea 98/2016”.

Relevante în soluționarea cauzei sunt următoarele dispoziții legale:

- din Legea nr. 98/2016:

- art. 167 alin. (1) lit. g) și h): „(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; 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”;

- art. 167 alin. (8): „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 improprie utilizării conform destinației prevăzute în contract”.

- din HG nr. 395/2016:

- art. 132 alin. (1): „În cazul în care, în cadrul documentației de atribuire, a fost prevăzută obligația îndeplinirii unor criterii de calificare și selecție formulate în baza criteriilor prevăzute la cap. IV secțiunea a 6-a paragraful 1 din Lege, comisia de evaluare are obligația verificării modului de îndeplinire a acestora de către fiecare ofertant/candidat în parte prin analizarea conținutului DUAE”;

- art. 137 alin. (1): „Comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și neconforme. (2) În condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: (...) b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă”.

Totodată, Consiliul constată că la dosarul cauzei au fost depuse, de către autoritatea contractantă, documentele constatatoare în discuție, privind neîndeplinirea în mod corespunzător a obligațiilor contractuale, de către contestatoare.

Potrivit art. 166 alin. (1), (2), (3), (4), (5), (8) din HG nr. 395/2016:

„(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; (...)

(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 autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile alin. (1) și (3) pot fi contestate potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare.

(5) Documentele constatatoare emise de către autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile alin. (1) și (3) se publică în SEAP, după expirarea termenelor de contestare prevăzute de Legea nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare.

(...)

(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".

De asemenea, potrivit art. 14 alin. (1) din Legea nr. 554/2004 „În cazuri bine justificate și pentru prevenirea unei pagube iminente, o dată cu sesizarea, în condițiile art. 7, a autorității publice care a emis actul, persoana vătămată poate să ceară instanței competente să dispună suspendarea executării actului administrativ până la pronunțarea instanței de fond”, iar conform art. 15 alin. (1): „Suspendarea executării actului administrativ unilateral poate fi solicitată de reclamant și prin cererea adresată instanței competente pentru anularea, în tot sau în parte, a actului atacat. În acest caz, instanța va putea dispune suspendarea actului administrativ atacat, până la soluționarea definitivă și irevocabilă a cauzei. Cererea de suspendare se poate formula o dată cu acțiunea principală sau printr-o acțiune separată, până la soluționarea acțiunii în fond”.

Din analiza coroborată a textelor legale mai sus prezentate, rezultă că documentele constatatoare, pe care autoritatea contractantă este obligată să le emită, sunt considerate acte administrative ce prezintă o situație de fapt, rolul lor fiind acela de a oferi informații cu privire la capacitatea unui ofertant de a-și îndeplini în mod corespunzător obligațiile contractuale, fără a aduce prejudicii autorității contractante.

Documentele constatatoare cuprind referiri la îndeplinirea necorespunzătoare a anumitor contracte și prejudiciile aduse sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante, astfel că ele nu puteau fi ignorate în evaluarea ofertei asocierii.

Chiar dacă ele au fost emise sub regimul juridic al OUG nr. 34/2006, efectul lor se produce și după abrogarea reglementării în cauză, întrucât situația de drept la care se referă se regăsește și în Legea nr. 98/2016.

Or, conform dispozițiilor art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, nu au trecut mai mult de 3 ani de la emiterea acestor documente, pentru a se invoca, cu succes, regula de excepție de la obligația excluderii din competiție.

Documentul constatator este un act administrativ care are caracter executoriu, dacă nu a fost suspendat de instanță, astfel că dispozițiile acestuia produc efecte din momentul emiterii lui.

În același sens s-a pronunțat și Curtea de Apel Bacău, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 2148 din 29 octombrie 2012.

Astfel cum a susținut și autoritatea contractantă, dată fiind existența certificatelor constatatoare, dar și răspunsul negativ al contestatoarei la

Întrebarea "Încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile – Operatorul economic s-a aflat într-o situație în care un contract de achiziții publice anterior, un contract anterior încheiat cu o entitate contractantă sau un contract de concesiune anterior a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni comparabile în legătură cu respectivul contract anterior", comisia de evaluare nu avea motive să solicite clarificări ofertantei asupra acestor evidente declarații false, fiind îndreptățită să facă aplicarea dispozițiilor evocate ale art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016.

Față de cele constatate mai sus, în mod corect a fost respinsă ca inacceptabilă oferta Asocierii SC SRL SRL, pentru motivul mai sus analizat.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept mai sus prezentate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul respinge, ca nefondată, contestația formulată de Asocierea SC SRL SRL, în contradictoriu cu

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

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de Asocierea SC SRL SRL, în contradictoriu cu

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

.....