



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. ...

Data:

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent, datată 15.06.2020 și înregistrată la Consiliu sub nr. 23427/15.06.2020, formulată de către SC SA, cu sediul social înreprezentată ... împotriva raportului procedurii nr. ..., publicat, în S.E.A.P., în data de 05.06.2020, de către SA, cu sediul în municipiul, în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, derulată online, în vederea încheierii acordului-cadru sectorial având ca obiect „*Servicii de transport pe calea ferată a cărbunelui energetic, de la depozitele, până la estacadele de descărcare aparținând*”, (..), s-au solicitat următoarele: „(1) *Anularea raportului procedurii, a tuturor actelor care stau la baza întocmirii acestuia (inclusiv a procesului-verbal nr. 9568/25.03.2020), precum și a tuturor actelor subsecvente acestuia;* (2) *Ca urmare a anulării raportului procedurii, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depusă în cadrul procedurii de atribuire 2020 de către, în sensul reanalizării îndeplinirii criteriilor de calificare de către acest ofertant, cu luarea în considerare a incidenței motivului de excludere reglementat de dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. g) din legea nr. 99/2016;* (3) *Obligarea autorității contractante la emiterea documentului constatator cuprinzând informații privind neîndeplinirea obligațiilor contractuale de cătreîn executarea acordului-cadru 2017;* (4) *În temeiul art. 19 din Legea nr. 101/2016, (...), accesul subscrisei la*

documentele dosarului care se va forma ca urmare a prezentei contestații”.

În luarea deciziei asupra cauzei de față,
Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor
reține următoarele:

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent, datată 15.06.2020 și înregistrată la Consiliu sub nr. 23427/15.06.2020, formulată de către SC SA împotriva raportului procedurii nr. 15912, publicat, în S.E.A.P., în data de 05.06.2020, de către SA, în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, derulată online, în vederea încheierii acordului-cadru sectorial având ca obiect „*Servicii de transport pe calea ferată a cărbunelui energetic, de la depozitele, până la estacadele de descărcare aparținând*”, s-au solicitat Consiliului cele redată în partea introductivă.

Față de cele de mai sus, contestatoarea menționează că, în anul 2017, entitatea contractantă a inițiat, în temeiul Legii nr. 99/2016, procedura de atribuire a unui acord-cadru având ca obiect „*Servicii de transport pe calea ferată a cărbunelui energetic, de la Depozitele până pe estacadele de descărcare aparținând, cu externalizare personal*”, care urma să se încheie pentru o durată de 48 de luni (dată încetare: 02.11.2021).

De asemenea, precizează că, potrivit anunțului de atribuire nr. 183390, publicat în S.E.A.P. în data de 04.11.2017, procedura a fost finalizată prin încheierea, în data de 02.11.2017, a „acordului-cadru 2017”. În data de 10.02.2020, acordul-cadru a fost atribuit către, a cărei propunere financiară a avut valoarea de 132.520.000 lei.

Autoarea contestației precizează că, ulterior, prin reluarea competiției, entitatea contractantă a atribuit către SA primul contract subsecvent, cu o ofertă de 66.260.000 lei.

Contestatoarea precizează că, referitor la acordul – cadru încheiat în 2017, după încetarea primului contract subsecvent, entitatea contractantă a reluat competiția pentru atribuirea celui de-al doilea contract subsecvent, acordatSA, cu o ofertă de 48.176.000 lei, mai mare decât prețul convenit prin acordul-cadru 2017 (37.280.000 lei). Pentru acest motiv, entitatea contractantă a declarat ofertaSA ca inacceptabilă, pe motiv că „*prețul ofertat a fost modificat în sensul creșterii față de cel prevăzut în acordul-cadru*” și a anulat, în data de 12.11.2019, procedura aferentă.

În continuare, contestatoarea menționează că, în data de 08.02.2020, entitatea contractantă a publicat anunțul de participare

nr. CN18708, inițiind o nouă procedura de atribuire cu obiect identic celei din 2017, având ca obiect achiziția de *„servicii de transport pe calea ferată a cărbunelui energetic, de la Depozitele, până pe estacadele de descărcare aparținând"*. Durata acordului-cadru ce urmează a fi atribuit este de 24 de luni.

SC SA precizează că, în cadrul acestei noi proceduri de atribuire, a formulat o serie de solicitări de clarificări vizând *„potențiale vicii ale procedurii"*, generate de existența acordului-cadru 2017, în vigoare și în prezent. În răspunsul la solicitarea de clarificare înregistrată sub nr. 6687/03.03.2020 entitatea contractantă a confirmat valabilitatea acordului-cadru încheiat în 2017 și a precizat că acesta urmează a fi reziliat până la data semnării acordului-cadru, obiect al actualei proceduri de atribuire 2020 (*„Acordul-cadru 2020"*).

Contestatoarea arată că, la finalizarea evaluării ofertelor depuse în cadrul procedurii de atribuire, respectiv în data de 05.06.2020, entitatea contractantă a emis raportul procedurii potrivit căruia, atât oferta sa, cât și ofertaSA au fost declarate admisibile, conforme și câștigătoare. Precizează că propunerea financiară aSA a avut valoarea de 57.528.000 lei, iar propunerea sa a avut valoare de 56.592.000 lei.

Subliniază faptul că, până la această dată, nu au fost publicate în SEAP informații referitoare la încetarea acordului-cadru 2017 și nici documentul constatator care să conțină informații referitoare la neîndeplinirea de cătreSA a obligațiilor contractuale asumate în baza acestuia.

În ceea ce privește temeinicia cererii de anulare a raportului procedurii, *„cu consecința reevaluării ofertei depuse de cătreSA"*, cu luarea în considerare a faptului că este incident motivul de excludere reglementat de dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, petenta afirmă că în speță sunt incidente prevederile art. 143 alin. (1) și alin (2) lit. b) din H.G. nr. 394/2016 coroborate cu art. 176 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016 din a căror interpretare rezultă că, în cazul în care ofertantul se află în unul dintre motivele de excludere prevăzute de Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă are obligația de a-i respinge oferta, ca inacceptabilă, întrucât nu îndeplinește condițiile de calificare solicitate în documentația de atribuire.

În acest context, menționează că, potrivit anunțului de participare și fișei de date, aferente actualei proceduri, una dintre condițiile de participare (Secțiunea III.1.1.a) este aceea că *„ofertanții, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute art. 73, art. 177, art. 178, art. 180 din Legea nr. 99/2016"*.

Învederează faptul că dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016 relevă două condiții necesare a fi îndeplinite cumulativ pentru excluderea unui operator economic din procedura de atribuire a unui acord-cadru, respectiv: (i) există o încălcare gravă sau repetată a obligațiilor principale și (ii) această încălcare conduce la încetarea anticipată a respectivului acord, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Față de acest aspect, afirmă că subzistă obligația entității contractante de a exclude ofertantulSA din procedura de atribuire 2020, deoarece și-a încălcat în mod grav obligațiile principale asumate prin acordul-cadru 2017 și această încălcare conduce la încetarea anticipată a acordului-cadru.

În ceea ce privește condiția existenței unei încălcări grave a obligațiilor principale de către acest ofertant în procedura de atribuire din anul 2017, petenta învederează faptul că entitatea contractantă nu a încheiat al doilea contract subsecvent al acordului-cadru cuSA din motive ce țin de conduita contractuală ilicită a acestui operator economic, care a oferat, pentru al doilea contract subsecvent, un preț majorat față de cel stipulat în acordul-cadru 2017, fapt ce a determinat anularea, de către entitatea contractantă, a procedurii de reluare a competiției pentru atribuirea celui de-al doilea contract subsecvent.

În acest sens, subliniază faptul că dispozițiile art. 5.2. din acordul-cadru 2017 potrivit cărora *„operatorii economici au dreptul ca în procesul de reofertate să modifice elementele/condițiile care fac obiectul reluării competiției numai în sensul îmbunătățirii acestora și fără să afecteze elementele/condițiile stabilite ca fiind neschimbate”*, instituie, pentruSA, obligația de a nu oferta în sensul înrăutățirii elementelor/condițiilor care fac obiectul reluării competiției. Ca atare,SA era obligată să nu oferteze un preț mai mare decât cel asumat prin acordul-cadru 2017.

În opinia petentei, prin majorarea ofertei de preț pentru atribuirea celui de-al doilea contract subsecvent,SA a încălcat clauza de la art. 5.2. din Acordul-cadru 2017, societatea fiind obligată să nu oferteze un preț mai mare decât cel stabilit în cadrul procedurii de atribuire 2017, fiind permisă numai îmbunătățirea acestuia în sensul acordării unei oferte de preț cu valoare redusă (criteriul în baza căruia a fost atribuit contractul a fost prețul cel mai scăzut).

În concret, arată contestatoarea, pentru al doilea contract subsecvent Acordului-cadru 2017,SA a oferat, un preț total mai mare cu 10.896.000 lei (48.176.000 lei prețul oferat - 37,280.000 lei valoare estimată) și, ca atare, și prețul unitar oferat a fost majorat în mod corespunzător față de cel asumat prin acordul-cadru 2017.

Apreciază că fiind evident faptul căSA și-a încălcat în mod grav obligațiile principale asumate în baza acordului-cadru 2017, aspect susținut și de prevederile art. 115 alin. (1) lit. b) din H.G. nr. 394/2016 care enumeră, ca element esențial al acordului-cadru *„prețul/tariful unitar sau prețurile/tarifele unitare, alte angajamente financiare sau comerciale, pe care operatorul/operatorii economic/economici le-a/le-au prevăzut în propunerea financiară”*.

Arătând că încălcarea gravă a obligațiilor principale asumate deSA prin acordul-cadru 2017 conduce la rezilierea acestui acord, contestatoarea apreciază că este îndeplinită și cea de-a doua condiție prevăzută pentru stabilirea incidenței cazului de excludere aSA din procedura de atribuire 2020.

Precizează că însăși entitatea contractantă a indicat conduita pe care urmează să o adopte cu privire la acordul-cadru 2017, solicitată fiind să clarifice de ce a inițiat procedura de atribuire 2020 în același timp în care acordul-cadru 2017 este încă în vigoare: *„Entitatea contractantă a inițiat o nouă procedură de atribuire, deoarece actualul acord-cadru va fi reziliat până în momentul semnării noului acord-cadru.”*

În consecință, acordul-cadru 2017 urmează a înceta anticipat, înainte de expirarea termenului pentru care a fost încheiat (02.11.2021), fără ca, în baza acestuia, să mai fie încheiate contracte subsecvente.

Contestatoarea precizează că această sancțiune de drept civil despre care face vorbire însăși entitatea contractantă în cuprinsul clarificărilor reprezintă un remediu la îndemâna creditorului în urma unei neexecutări culpabile din partea debitorului, în acest caz fiind vorba despre nerespectarea de cătreSA a prevederilor referitoare la posibilitatea modificării prețului în sensul oferirii unui preț mai avantajos pentru entitatea contractantă.

În același context, subliniază faptul că rezilierea, ca modalitate de încetare a unui contract, presupune, cu necesitate, culpa co-contractantului și, în acest caz, chiar autoritatea contractantă înțelege căSA este în culpă contractuală motiv pentru care acordul-cadru 2017 urmează a fi reziliat.

Față de cele de mai sus, contestatoarea invocă prevederile art. 114 alin. (1) lit. a) din HG nr. 394/2016 potrivit cărora: *„prin încheierea unui acord-cadru, entitatea contractantă își asumă, față de operatorul/operatorii economic/economici care este/sunt parte a acordului respectiv, următoarele obligații principale: a) să nu încheie cu alt operator economic, pe durata acordului-cadru, un contract având ca obiect achiziționarea produselor/ serviciilor/lucrărilor care fac obiectul acordului-cadru respectiv, în situația în care cantitățile maxime estimate nu au fost consumate sau o eventuală depășire a*

acestora nu reprezintă o modificare substanțială în condițiile art. 240 alin. (3) din Lege."

Autoarea contestației precizează că, în contextul descris mai sus, SA a declarat admisibilă ofertaSA în procedura de atribuire 2020, cu încălcarea prevederilor legale care stabilesc obligația entității contractante de a respinge oferta depusă de un operator economic aflat în unul dintre cazurile de excludere prevăzute de Legea nr. 99/2016.

Arată că, potrivit prevederilor art. 184 alin. (5) din Legea nr. 99/2016, această interdicție de a participa la o procedură de atribuire se întinde pe o durată de 3 ani de la data la care s-a produs situația, fapta sau evenimentul relevant.

În consecință, solicită Consiliului să dispună anularea raportului procedurii și obligarea entității contractante la reevaluarea ofertei depuse de cătreSA în procedura de atribuire inițiată în 2020, ținând cont de împrejurarea că ofertantul și-a încălcat în mod grav obligațiile asumate prin acordul-cadru 2017 și această încălcare conduce la rezilierea acestuia.

În ceea ce privește temeinicia cererii de obligare a entității contractante la emiterea documentului constatator cuprinzând informații privind neîndeplinirea obligațiilor contractuale de cătreSA în executarea acordului-cadru 2017, contestatoarea menționează că dispozițiile legale aplicabile în privința obligației entității contractante de a emite documentul constatator cu privire la procedura de atribuire 2017 sunt cele reglementate de art. 161 alin. (1) lit. b) din H.G. nr. 394/2016.

În considerarea acestor prevederi legale, precum și a faptului căSA a încălcat, în mod culpabil, clauzele acordului-cadru 2017, iar cel de-al doilea contract subsecvent nu a fost atribuit din motive ce-i sunt imputabile, petenta consideră că entitatea contractantă are obligația de a emite un document constatator negativ care să ateste neîndeplinirea acestor obligații de cătreSA.

În ceea ce privește interesul său în formularea unei astfel de cereri, SA, redând dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. a) și f) și art. 26 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 101/2016, arată că acesta rezidă din faptul că, în procedura de atribuire 2020, a participat, în calitate de ofertant, în concurență cuSA, iar acest document atestă existența unui motiv de excludere, respectiv a unei îndoieli cu privire la credibilitatea operatorului economic concurent (.....), cu consecința excluderii acestuia din procedura de atribuire 2020, dar și din alte proceduri de atribuire viitoare.

Sub aspectul prejudiciului care ar putea fi suferit de societatea sa, menționează că acesta este relevat de declararea oferteiSA ca fiind admisibilă în procedura de atribuire 2020 și, în consecință, de

posibilitatea atribuirii contractelor subsecvente acestui operator economic, deși acesta se află în unul dintre cazurile de excludere prevăzute de Legea nr. 99/2016, , în detrimentul său.

Astfel, conchide petenta, chiar și absența unui astfel de document constatator negativ, astfel cum rezultă din cele precizate anterior,SA se află în culpă pentru neîndeplinirea obligațiilor stabilite în cadrul procedurii de atribuire 2017, aspect de natură a afecta credibilitatea sa profesională și a determina excluderea sa din procedura de atribuire 2020 și declararea ofertei ca fiind inacceptabilă de către comisia de evaluare.

În temeiul art. 19 din Legea nr. 101/2016 solicită Consiliului să-i permită accesul la documentele dosarului care se va forma ca urmare a contestației. În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Prin adresa nr., în temeiul art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, modificată prin O.U.G. nr. 23/2020, Consiliul a solicitat contestatoarei să transmită dovada constituirii cauțiunii în cuantum legal, în temeiul alin. (2) a respectivului articol, iar, în temeiul art. 16 alin. (1) din același act normativ i-a solicitat să facă dovada datei comunicării contestației și către autoritatea contractantă.

Cu adresa datată 17.06.2020, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 23848/17.06.2020, SA a depus recipisa de consemnare nr. . a sumei de . lei, emisă de respectându-se astfel dispozițiile art. 61¹ din Legea nr. 101/2016.

Prin punctul de vedere nr. 17014/18.06.2020, înregistrat la C.N.S.C. 24043/18.06.2020, SA, societate în reorganizare judiciară, prin administrator judiciar ... SPRL a solicitat respingerea contestației formulată de SA, astfel:

- pe cale de excepție: ca inadmisibilă, raportat la dispozițiile art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, în ipoteza în care contestatoarea nu s-a conformat obligației de a depune cauțiunea ca neîntemeiată; ca tardiv formulată, „în măsura în care s-a depășit termenul legal” prevăzut de dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016;
- pe fond, ca neîntemeiată.

..... SA menționează că a demarat procedura de atribuire a acordului-cadru de achiziție sectorială având ca obiect „*Servicii de transport pe calea ferată a cărbunelui energetic, de la depozitele, până la estacadele de descărcare aparținând CFU*”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare ..., cu o valoare estimată de ... lei, fără TVA, iar atașat a publicat documentația de atribuire: caietul de sarcini, proiectul de acord-cadru sectorial, proiectul de contract subsecvent, strategia de contractare, formularele și modelele de documente, fișa de date, declarația cu funcțiile de decizie.

Arată că, potrivit procesului-verbal nr. 9568/25.03.2020, în cadrul procedurii au fost depuse două oferte, de către SA șiSA, iar, în urma analizării acestora, autoritatea contractantă a întocmit raportul final al procedurii nr. 8491/17.03.2020, conform căruia ambele oferte au fost declarate câștigătoare. Rezultatul procedurii de atribuire a fost comunicat celor doi ofertanți astfel: prin adresa nr. 080/05.06.2020 către SA și prin adresa nr. 081/05.06.2020 cătreSA.

În opinia entității contractante, susținerile contestatoarei sunt nefondate raportat la următoarele dispoziții legale incidente: art. 180 alin. (1) și (6) din Legea nr. 99/2016 și art. 161 alin. (8) din H.G. nr. 394/2016.

Totodată, redând dispozițiile art. 3 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, apreciază că, în ipoteza în care legiuitorul ar fi intenționat ca entitățile contractante să emită certificate constatatoare privind neîndeplinirea obligațiilor în cadrul unui acord cadru, ar fi adăugat în conținutul art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016 și noțiunea de acord-cadru.

Subliniază faptul că odată cu intrarea în vigoare a noii legislații în domeniul achizițiilor sectoriale, respectiv Legea nr. 99/2016 și H.G. nr. 394/2016, legiuitorul a reglementat faptul că documentele constatatoare privind îndeplinirea obligațiilor contractuale se emit doar pentru contractele sectoriale încheiate în urma derulării unei proceduri de atribuire și pentru contractele subsecvente încheiate în baza unui acord-cadru.

Afirmând că *„prevederile art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, nu sunt aplicabile în cazul acordurilor-cadru”*, entitatea contractantă subliniază faptul că, pentru a fi exclus din procedura de atribuire în temeiul acestor dispoziții legale, documentul constatator, indiferent în baza cărui act normativ a fost emis (art. 161 din H.G. nr. 394/2016), trebuie să reflecte că operatorul economic:

- fie și-a încălcat, în mod grav, obligațiile ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior;
- fie și-a încălcat în mod 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 și, în același timp, încălcările săvârșite au condus, fie la încetarea anticipată a respectivului contract, fie la plata de daune-interese, fie la sancțiuni comparabile cu una dintre cele anterior menționate.

Precizează că, pentruSA, nu a fost emis un certificat constatator care să determine comisia de evaluare să analizeze incidența cauzelor de excludere raportat la acest aspect, pe de o

parte, iar, pe de altă parte, este nejustificată solicitarea contestatoarei privind emiterea unui astfel de certificat, raportat la relațiile contractuale derulate întreSA și SA în baza acordului-cadru nr. 17197/10.11.2017 și a contractului subsecvent aferent.

Susține căSA și-a executat, în mod corespunzător, obligațiile asumate prin contractul subsecvent nr. 1 la acordul-cadru nr. 17197/10.11.2017, care s-a finalizat prin atingerea la termen și precizează că acordul-cadru a încetat prin acordul părților, împrejurare în care nu poate fi vorba despre neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor asumate deSA

Arată că, și în ipoteza în care, prin absurd, s-ar fi aflat în situația de a justifica emiterea unui certificat constatator negativ pentruSA și Consiliul ar obliga-o la emiterea unui astfel de document, nu înseamnă că ofertantul ar fi exclus în mod automat din procedura de atribuire, din următoarele motive:

- Conform dispozițiilor art. 161 alin. (4) din H.G. nr. 394/2016, documentele constatatoare emise de entitatea contractantă pot fi contestate potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare și, conform art. 161 alin. (5) din același act normativ, documentele constatatoare emise de entitatea 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 soluționării contestațiilor, dacă au fost depuse. Deci aceste documente produc efecte juridice numai dacă, fie nu au fost contestate, fie au fost contestate și instanța a emis o hotărâre definitivă privind neîndeplinirea obligațiilor încălcate.

- Conform art. 184 alin. (1) din legea nr. 99/2016, orice operator economic aflat în situațiile prevăzute la art. 177, 178 și 180 din lege, care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate sunt suficiente pentru a-și demonstra, în concret, credibilitatea prin raportare la motivele de excludere. Astfel, entitatea contractantă are obligația de a solicita operatorului economic dovezi prin care să arate că măsurile luate îi demonstrează credibilitatea pentru a nu fi exclus din procedură, dovezi care, conform art. 184 alin. (3¹) din lege, vor fi evaluate ținând seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale abaterii avute în vedere, iar conform art. 184 alin. (3²) din lege, dacă măsurile luate sunt considerate insuficiente, entitatea contractantă are obligația de a transmite operatorului economic o expunere a motivelor care au stat la baza deciziei de excludere a acestuia din procedura de atribuire.

Reiterează faptul căSA și-a îndeplinit obligațiile asumate prin contractul încheiat cu SA și nu există motiv de excludere al acestuia întemeiat pe dispozițiile art. 180 lit. g) din legea nr. 99/2016.

Având în vedere considerentele expuse, solicită Consiliului să constate că derularea procedurii s-a realizat cu respectarea dispozițiilor legale, iar susținerile contestatoarei sunt neîntemeiate și, pe cale de consecință, să respingă contestația formulată de SA.

Prin adresa înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 25057/24.06.2020, contestatoarea solicită Consiliului respingerea, ca neîntemeiate a argumentelor prezentate de către entitatea contractantă în cadrul punctului de vedere, reiterând cele prezentate în cadrul contestației, precum și „să pună în vedere entității contractante să transmită o copie a dosarului achiziției publice inițiate prin publicarea în SEAP a anunțului de participare ne. . din data de .. și înscrisul prin care entitatea contractantă șiau convenit, de comun acord, încetarea acordului-cadru 2017”.

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarea situație de fapt:

..... SA, în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, derulată online, în vederea încheierii acordului-cadru sectorial având ca obiect „*Servicii de transport pe calea ferată a cărbunelui energetic, de la depozitele, până la estacadele de descărcare aparținând*”, .

La pct. II.1.5 din cadrul anunțului de mai sus, este menționată valoarea totală estimată a acordului-cadru, cuprinsă între 31.930.000 lei și . lei fără T.V.A.; la pct. II.2.5 din cadrul aceluiași document fiind indicat criteriul de atribuire „Cel mai bun raport calitate-preț”, cu următorii factori de evaluare și ponderea aferentă: prețul ofertei - 90% și capacitate de transport - 10%.

Potrivit raportului procedurii nr., pag. 151 - 155, „(...) *punctajul obținut de fiecare ofertă admisibilă și clasamentul rezultat este: SA - preț ofertat: 56.592.000 lei fără T.V.A. - 100 puncte - locul I;SA - preț ofertat - 57.528.000 lei fără T.V.A. - 98,54 puncte - locul II (...)* membrii comisiei de evaluare desemnează ofertele prezentate de ofertanții SA șiSA, ca oferte câștigătoare (...)”.

Decizia de mai sus a fost transmisă de către entitatea contractantă după cum urmează:

- SA - prin adresa nr. 80/05.06.2020, pag. 157, 158;

-SA – prin adresa nr. 081/05.06.2020, pag. 159, 160.

Nemulțumită de acest rezultat SA a depus contestația ce formează obiectul prezentei cauze, solicitând cele menționate în partea introductivă.

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

Pentru început, Consiliul iterează dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căroră „*Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, cu încadrarea în termenul prevăzut la art. 24 alin. (1), iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei*”.

Față de acest aspect, reține că, în cadrul punctului de vedere nr. 17014/18.06.2020, înregistrat la C.N.S.C. sub nr. 24043/18.06.2020, entitatea contractantă solicită respingerea contestației în cauză, pe cale de excepție, astfel: „*ca inadmisibilă, raportat la dispozițiile art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, în ipoteza în care contestatoarea nu s-a conformat obligației de a depune cautiunea ca neîntemeiată; ca tardiv formulată, în măsura în care s-a depășit termenul legal prevăzut de dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016*”.

Având în vedere cele de mai sus, Consiliul apreciază ca fiind relevante următoarele dispoziții din cadrul Legii nr. 101/2016:

- Art. 8 alin. (1) lit. a) - „(1) *Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorial sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii*”;

- Art. 61¹ alin. (1) lit. c) - „*Pentru soluționarea contestației formulate în condițiile art. 8 sub sancțiunea respingerii acesteia, persoana care se consideră vătămată trebuie să constituie, în termen de maximum 3 zile lucrătoare de la data sesizării Consiliului, o cautiune stabilită după cum urmează (...) dar nu mai mult de 220.000 lei*”.

Verificând documentele aflate la dosarul cauzei, Consiliul va lua în considerare următoarele:

- SA, în calitate de contestatoare, a constituit cauțiunea aferentă, astfel cum este aceasta precizată în cadrul recipisei de consemnare nr. . valoarea .

- SA a luat la cunoștință de rezultatul procedurii de atribuire în cauză, în data de 05.06.2020, prin intermediul adresei nr. . emisă de către entitatea contractantă, astfel că termenul limită al depunerii contestației era data de .

Pe cale de consecință, Consiliul va respinge excepțiile invocate de către entitatea contractantă și va proceda la soluționarea pe fond a prezentei contestații.

Referitor la fondul cauzei, Consiliul apreciază ca demne de reținut prevederile art. 19 alin. 1) din Legea nr. 101/2016, care stipulează următoarele: *„La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii [nr. 134/2010](#), republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală”*.

Aplicând norma juridică de mai sus, prin adresa nr. . a invitat contestatoarea, la sediul său, în vedere studierii dosarului cauzei; termenul limită de depunere a eventualelor concluzii scrise fiind . Potrivit dovezilor existente în cadrul dosarului aferent, contestatoarea a studiat documentele în cauză în data de .. Ulterior, contestatoarea a transmis, prin adresa înregistrată la C.N.S.C. sub nr. . concluziile scrise.

Având în vedere cele de mai sus, Consiliul va reține că SA solicită *„obligarea entității contractante la reevaluarea ofertei aparținândSA, în sensul reanalizării îndeplinirii criteriilor de calificare de către acest ofertant, cu luarea în considerare a incidenței motivului de excludere reglementat de dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale”*.

Conform normei juridice invocate de către contestatoare, *„Entitatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al*

unui contract sectorial sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune- interese sau alte sancțiuni comparabile".

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

Potrivit contestatoarei, criticile sale au la bază răspunsurile date de către entitatea contractantă la *„solicitarea de clarificări formulată de subscrisa pentru lămurirea unor aspecte vizând potențiale vicii ale procedurii de atribuire 2020".*

În conformitate cu prevederile art. 172 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, *„Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire".*

Din verificarea documentelor anexate dosarului cauzei, Consiliul reține că, aplicând norma legală mai sus invocată, SA, prin adresa nr. . pag. 83, 84, a solicitat entității contractante clarificări vizând *„(...) anumite vicii ale acestei proceduri de natură a conduce la anularea acesteia. În concret, aceste vicii (...) constau în împrejurarea că inițiază o nouă procedură de atribuire pentru servicii pentru a căror prestare are deja încheiat un acord-cadru cu Clarificările pe care le solicităm:*

1 – Acordul – cadru încheiat între și ca urmare a finalizării procedurii de achiziție publică inițiată prin Anunțul de participare nr. 178496 publicat în SEAP în data de 30.08.2017, este în vigoare?

2 – Dacă răspunsul la întrebarea nr. 1 este afirmativ, vă rugăm să ne comunicați de ce ați inițiat prin anunțul de participare .publicat în SEAP în data de ., o nouă procedură de achiziție publică având ca obiect servicii identice cu cele pentru care ați încheiat acordul – cadru cu

3. Dacă răspunsul la întrebarea nr. 1 este negativ, vă rugăm să ne comunicați:

- care este modalitatea în care acordul – cadru încheiat între și a încetat: reziliere, nulitate, acordul părților;

- în ipoteza în care acest acord – cadru a încetat prin reziliere, din culpa cărei părți contractante a survenit aceasta;
- în ipoteza în care acest acord-cadru a încetat ca urmare a anulării acestuia, care a fost cauza de nulitate.

4. În prezent, în ceea ce privește raporturile juridice dintre și , născute în temeiul acordului-cadru mai sus referit, vă rugăm să ne comunicați dacă mai există obligații restante în legătură cu serviciile de transport pe calea ferată a cărbunelui energetic (...) pentru care intenționați să atribuiți un nou contract în urma procedurii de achiziție publică inițiată prin anunțul de participare nr. 178496 publicat în SEAP în data de 30.08.2017."

La solicitarea de mai sus, entitatea contractantă a răspuns prin adresa nr. ., pag. 85 – 87, astfel:

„1. Acordul- cadru încheiat între și , ca urmare a finalizării procedurii de achiziție sectorială inițiată prin anunțul de participare nr. 178496 publicat în SEAP în data de 30.08.2017, **este în prezent în vigoare.**

2. Entitatea contractantă a inițiat o nouă procedură de atribuire, deoarece acordul-cadru va fi reziliat până în momentul semnării noului acord-cadru (...) De altfel, în legislația în vigoare din domeniul achizițiilor sectoriale nu există nicio reglementare care să impună unei entități contractante să rezilieze acordul-cadru în derulare înainte de momentul inițierii unei proceduri de atribuire în vederea încheierii unui acord-cadru în derulare înainte de momentul inițierii unei proceduri de atribuire în vederea încheierii unui acord-cadru având același obiect ca și acordul-cadru aflat în derulare. Având în vedere acestea, inițierea unei proceduri de atribuire în vederea încheierii unui acord-cadru având același obiect ca și acordul-cadru aflat în derulare, nu reprezintă un viciu al procedurii care să ducă la anularea acesteia.

3. Nu este cazul.

4. Având în vedere că acordul-cadru va fi reziliat, entitatea contractantă nu intenționează să mai atribuire un nou contract în baza acordului-cadru în derulare”.

Referitor la conținutul documentului de mai sus, Consiliul apreciază că, în situația în care SA nu a uzat de dreptul conferit de art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, în mod automat se prezumă că a acceptat și însușit conținutul acestuia; la acest moment orice critică aferentă fiind, în mod evident, tardivă.

În continuare, Consiliul apreciază ca demne de reținut și dispozițiile art. 3 alin. 1) lit. b) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, acordul-cadru este definit ca fiind „acordul încheiat în formă scrisă între una sau mai multe entități contractante și unul sau mai mulți operatori economici care are ca obiect stabilirea

termenilor și condițiilor care guvernează contractele sectoriale ce urmează a fi atribuite într-o anumită perioadă, în special în ceea ce privește prețul și, după caz, cantitățile avute în vedere”.

De asemenea, la art. 161 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 394/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale se precizează că *„Entitatea contractantă are următoarele obligații: a) să elibereze un exemplar al documentului constatator contractantului”*, operatorul economic în cauză având posibilitatea de a ataca documentul respectiv în instanță, conform alin. (4) din cadrul aceluiași articol (*„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](#)”).*

Așadar, în mod evident, entitatea contractantă, respectiv operatorul economic aferent, sunt interesate în eliberarea unui asemenea document, în condițiile în care sunt responsabile în mod direct de executarea acordului-cadru/contractului subsecvent, în condițiile în care acesta ar fi fost finalizat. Interesul celor două părți constând în soluționarea eventualelor incidente apărute pe parcursul derulării acestora, respectiv identificarea posibilelor remedieri. În acest sens, fiind și dispozițiile art. 184 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale (*„Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la [art. 177](#), [178](#) și [180](#) 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”*).

Față de contextual juridic de mai sus, în situația în care disputele privind certificatele constatatoare se soluționează în conformitate cu dispozițiile Legii contenciosului administrative nr. 554/2004, Consiliul apreciază că solicitarea contestatoarei de obligare a entității contractante la *„emiterea documentului constatator cuprinzând informații privind neîndeplinirea obligațiilor contractuale de cătreîn executarea acordului-cadru 2017”*, respectiv de transmitere a dosarului achiziției publice afefente, apar ca fiind inadmisibile.

Totodată, în condițiile în care conținutul răspunsului la clarificări (adresa nr. .) este valid inclusiv la momentul soluționării contestației în cauză (*acordul- cadru încheiat între și , ca urmare a finalizării procedurii de achiziție sectorială inițiată prin anunțul de participare nr. 178496 publicat în SEAP în data de 30.08.2017 - este în prezent în vigoare*), Consiliul consideră că alegațiile contestatoarei referitoare la *„incidența dispozițiilor art. 180*

alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale generată de anularea acordului-cadru pentru 2017", sunt nefondate .

În conformitate cu dispozițiile art. 3 alin. 1) lit. b) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, „Entitatea 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: 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 sectorial/contract subsecvent”.

Deci norma legală de mai sus nu vizează cazul de respingere a unei oferte ca inacceptabile din cauză că propunerea financiară are un quantum mai mare decât valoarea estimată, ci, se referă, prin raportare la clauzele contractuale specifice, efectiv la neîndeplinirea serviciilor din cadrul contractului respectiv.

Prin raportare la norma juridică de mai sus, Consiliul va respinge ca nefondate alegațiile contestatoarei potrivit cărora „*nu au fost publicate în SEAP informații referitoare la încetarea acordului-cadru 2017 și nici documentul constatator care să conțină informații referitoare la neîndeplinirea dea obligațiilor contractuale asumate în baza acestuia*”, deoarece certificatul în cauză se eliberează numai de către entitatea contractantă în termenul legal de la data finalizării serviciilor, respectiv încheierea acordului-cadru.

De altfel, interpretând stricto sensu normele juridice mai sus invocate, rezultă că acordul – cadru are ca obiect, în mod generic, stabilirea termenilor și condițiilor care guvernează contractele de achiziție publică ce urmează a fi atribuite într-o anumită perioadă, certificatul constatator urmând a fi emis numai după încheierea acestuia; conform celor de mai sus, existând posibilitatea ca documentul în cauză să fie atacat în baza Legii contenciosului administrativ [nr. 554/2004](#).

În mod corelativ, Consiliul apreciază că nu pot fi luate în considerare nici susținerile contestatoarei cu privire la faptul că potrivit „*sumarului procedurii offline cu etapă de licitație electronică publicat în SEAP în data de 19.11.2019 (...) entitatea contractantă a anulat procedura de reluare a competiției pentru atribuire celui de-al doilea contract subsecvent*” în măsura în care nici de această data contestatoarea nu a apelat la prevederile art. 8 din Legea nr. 101/2016; prin urmare, orice element prezentat este tardiv.

Nu în ultimul rând, Consiliul consideră că argumentele prezentate de către contestatoare sunt irelevante atâta timp cât acordul – cadru criticat este în vigoare; afirmația sa potrivit

căreia „acordul – cadru 2017 urmează a fi reziliat” , reprezentând un eveniment incert, fără perspectivă juridică.

În concluzie, Consiliul constată că SA își întemeiază întreaga contestație pe „presupuneri”, respectiv ce o să facă sau ar fi trebuit să facă entitatea contractantă, fapt care contravine dispozițiilor art. 249 – *Sarcina probei* din Codul de procedură civilă, potrivit cărora: „*Cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege*”.

Față de cele de mai sus, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de către SA în contradictoriu cu autoritatea contractantă SA.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ.

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepțiile inadmisibilității și tardivității invocate de către entitatea contractantă față de prezenta contestație.

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de către de SC SA, cu sediul social în municipiul ., în contradictoriu cu SA, cu sediul în municipiul

Obligatorie.

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