

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. 2435/C3/2683

Data: 03.11.2021

Prin contestația nr. 153/12.10.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 53492/13.10.2021, înaintată de SRL, cu sediul în, ..., înmatriculată în registrul comerțului cu nr., având CUI, reprezentată legal de, administrator, formulată împotriva deciziei entității contractante, cu sediul în, ..., județul, de a anula procedura simplificată organizată în vederea atribuirii unui contract având ca obiect „Întocmire studiu de fezabilitate pentru obiectivul Terminal de bunuri/cargo”, inițiată cu anunțul de participare nr. SCN1090703 din 06.08.2021, s-a solicitat

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

Prin contestația nr. 153/12.10.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 53492/13.10.2021, ... SRL atacă decizia entității contractante de a-i respinge, ca inacceptabilă, oferta depusă și de a anula procedura mai sus amintită, în baza dispozițiilor art. 225 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016, considerând-o nelegală.

Potrivit comunicării privind rezultatul procedurii, contestatorului i s-au comunicat următoarele: *oferta dvs este inacceptabilă, fiind exclus din procedură, întrucât vă regăsiți în situația de excludere la art. 180 alin. (1), lit. g) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, din următorul motiv:*

În legătura cu contractul C.J.BV.207/23376/18.12.2019, având ca obiect „Studiu de fezabilitate privind asigurarea serviciilor de navigație aeriană la Aeroportul Internațional Brașov-Ghimbav”, nu v-ați îndeplinit în mod corespunzător contractul, respectiv, livrările contractului nu au fost întocmite de către experții și subcontractanții declarați în oferta depusă, pe baza cărora ați obținut punctajul în faza de evaluare a

ofertelor și ulterior ați fost declarat câștigător, ceea ce a dus la încetarea anticipată (reziliere) a contractului, așa cum reiese din documentul constatator nr. 198/06.01.2021 (număr înregistrare SEAP AD1035133/06.01.2021) referitor la îndeplinirea obligațiilor contractuale, postat în SEAP de Consiliul Județean Brașov, în calitate de autoritate contractantă.

Pe de o parte, contestatorul precizează că a contestat decizia acelei autorități contractante de a rezilia abuziv contractatul de servicii, mai sus amintit. Dosarul se află pe rolul instanțelor de judecată, în curs de soluționare (dosar nr. 3105/62/2020), prima comunicare de la Tribunalul Brașov fiind din data de 24.11.2020, mult înainte de data eliberării documentului constatator nr. 198/06.01.2021, încărcat de Consiliul Județean Brașov în SEAP (AD1035133/06.01.2021), fără a aștepta decizia instanței din acest dosar.

Pe de altă parte, este lesne de constatat că motivul emiterii documentului constatator, respectiv *livrabilele contractului nu au fost întocmite de către experții și subcontractanții declarați în oferta depusă*, nu se regăsește printre motivele enumerate la art. 180 alin. (6) din Legea nr. 99/2016, astfel încât să fie incidente dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. g) din același act normativ.

Mai mult, contestatorul precizează faptul că respectiva autoritate contractantă, Consiliul Județean Brașov, nu i-a comunicat un exemplar al documentului constatator nr. 198/06.01.2021 nici până în prezent, încălcând astfel dispozițiile art. 166 alin. (3) din HG nr. 395/2016.

De altfel, arată contestatorul, având în vedere și precizările din Notificarea ANAP cu privire la situația de excludere reglementată de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016/art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016/art. 81 alin (1) lit. f) din Legea nr. 100/2016, entitatea contractantă trebuia să îi solicite clarificări.

În acest sens, contestatorul precizează că a solicitat Consiliului Județean Brașov să accepte înlocuirea subcontractanților declarați în ofertă, deoarece aceștia au refuzat să întocmească livrabilele pentru care au fost încheiate acordurile de subcontractare.

Cu toate acestea, în termenele stabilite, contestatorul a transmis livrabilele conform prevederilor contractuale, neacceptate însă de autoritatea contractantă.

În continuare, contestatorul reclamă faptul că entitatea contractantă nu a transmis comunicarea privind rezultatul procedurii în aceeași zi în care a fost publicat, în SEAP, raportul procedurii, o conduită abuzivă similară având entitatea contractantă și în alte proceduri de atribuire, la care a participat.

Prin adresa nr. 3090/18.10.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 54764/19.10.2021, entitatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea acesteia, ca nefondată.

Prin punctul de vedere, entitatea contractantă arată că, deși contestatorul a consemnat în DUAE că nu există motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale, respectiv încetare anticipată - daune interese sau alte sancțiuni comparabile, în SEAP, cu nr. AD1035133/06.01.2021, Consiliul Județean Brașov a încărcat documentul constatator negativ nr. 198/06.01.2021, pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale în cadrul contractului C.J.BV.207/23376/18.12.2019, având ca obiect *Studiu de fezabilitate privind asigurarea serviciilor de navigație aeriană la Aeroportul International Brașov - Ghimbav*.

Conform celor menționate în documentul constatator, ... SRL, în calitate de contractant, nu și-a îndeplinit în mod corespunzător contractul, respectiv livrabilele contractului nu au fost întocmite de către experții și subcontractanții declarați în oferta depusă, pe baza cărora a obținut punctajul în faza de evaluare a ofertelor și, ulterior, a fost declarat câștigător, ceea ce a dus la rezilierea contractului.

Astfel, comisia de evaluare a constatat faptul că SRL se află în situația de excludere din procedură, menționată la art. 180 alin (1), lit. g) din Legea nr. 99/2016.

Contrar opiniei contestatorului, în adoptarea deciziei de excludere au fost luate în considerare și prevederile Notificării ANAP cu privire la situația de excludere reglementată la art. 167 alin (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (aplicându-se, în mod similar, și pentru art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale), respectiv faptul că pentru a fi exclus dintr-o procedură de atribuire operatorul economic trebuie:

- fie să fi încălcat în mod grav obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziție publică, al unui contract de achiziție sectorială sau al unui contract de concesiune, încheiate anterior;

- fie să fi încălcat în mod repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziție publică, al unui contract de achiziție sectorială sau al unui contract de concesiune, încheiat anterior, și, în același timp, respectivele încălcări ar fi condus:

- fie la încetarea anticipată a respectivului contract;
- fie la plata de daune-interese;
- fie la sancțiuni comparabile cu una dintre cele două menționate mai sus.

Prin urmare, este suficientă îndeplinirea uneia dintre condițiile menționate în prima teză a articolului 180 alin. (1) lit. g), cumulativ cu una dintre condițiile menționate în teza a doua, nefiind necesară îndeplinirea tuturor condițiilor prevăzute în prima teză, respectiv a tuturor celor prevăzute în a doua teză.

Or, operatorul economic SRL a încălcat în mod grav obligațiile ce-i reveneau în cadrul contractului nr. C.J.BV.207/23376/18.12.2019, încheiat anterior prezentei proceduri de

achiziție și, în același timp, respectivele încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract.

Pe de altă parte, entitatea contractantă susține că, atâta timp cât documentul constatator nr. 198/06.01.2021 este publicat, inclusiv la acest moment, în SEAP, acesta produce efecte.

În plus, ... SRL nu figurează, pe portalul instanțelor de judecată, ca reclamant în contradictoriu cu Consiliul Județean Brașov, pentru anularea documentului constatator negativ la care se face referire.

În continuare, entitatea contractantă precizează că, în conformitate cu dispozițiile art. 228 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, a informat ofertanții asupra rezultatului procedurii într-un termen ce nu a depășit 3 zile de la emiterea deciziei respective.

Totodată, entitatea contractantă subliniază faptul că afirmațiile contestatorului referitoare la alte proceduri de atribuire nu pot fi reținute, acestea nefiind în legătură cu procedura de atribuire în discuție.

În replică, prin adresa 165/27.10.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 56264/27.10.2021, ... SRL a transmis răspuns la punctul de vedere înaintat de entitatea contractantă, prin care reiterează aspectele precizate în contestație referitoare la nelegalitatea deciziei de respingere a ofertei sale.

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

..... a inițiat, la 06.08.2021, o procedură simplificată în vederea atribuirii unui contract având ca obiect „Întocmire studiu de fezabilitate pentru obiectivul Terminal de bunuri/cargo”, prin publicarea anunțului de participare nr. SCN1090703.

Considerând nelegală decizia entității contractante de a-i respinge, ca inacceptabilă, oferta depusă și de a anula procedura de atribuire în discuție (măsură ce i-a fost comunicată prin adresa nr. 2958/06.10.2021), ... SRL a formulat contestația de față, solicitând anularea comunicării privind rezultatul procedurii de atribuire și obligarea entității contractante la continuarea ei, prin reevaluarea ofertei sale și la plata tuturor cheltuielilor realizate în procedura de utilizare a căii de atac, la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor.

Preliminar analizei cauzei, Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, ... SRL a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207577070/1, în valoare de 10.000 lei, emisă de CEC Bank – Unitatea Știrbei Vodă, la data de 15.10.2021.

Disputa părților privește modalitatea de aplicare a regulilor din Legea nr. 99/2016, privitoare la excluderea din procedură a operatorului economic pentru motivul regăsit la art. 180 alin. (1) litera 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 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, autorul criticilor pretinzând că nu se află în situația prevăzută de articolul menționat.

Consiliul reține că, atât în procesul-verbal nr. 2822/22.09.2021 și în adresa de comunicare a rezultatului, cât și în punctul de vedere față de contestație, achizitorul a menționat că ofertantul SRL a încălcat în mod grav obligațiile ce-i revenea în cadrul contractului nr. Cj.BV.207/23376/18.12.2019 (...) și, în același timp, respectivele încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, fără a exista o expunere a motivelor care au condus la luarea deciziei de excludere a acestuia din procedura de atribuire, așa cum impune art. 184 alin. (32) din Legea nr. 99/2016.

Potrivit prevederilor art. 180, mai sus evocat, excluderea intervine în situația în care sunt întrunite cumulativ două condiții: să fi avut loc încălcări grave ale obligațiilor principale și contractul să fi încetat anticipat. Însă, nici comisia de evaluare (în timpul analizării ofertei), dar nici entitatea contractantă (prin punctul de vedere) nu au arătat în ce constau aceste încălcări grave. Mai mult, comisia de evaluare nu i-a cerut clarificări ofertantului, ci a făcut referire doar la rezilierea unui contract, încheiat de contestator cu Județul Brașov și a preluat din documentul constatator motivele arătate, invocate de respectiva autoritate contractantă.

Așadar, evaluarea situației în care se află oferta SRL nu s-a făcut cu rigoarea impusă de art. 184 din Legea nr. 99/2016:

(1) 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.

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

(3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 177, 178 și 180 le poate furniza entității 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.

Pe de altă parte, trebuie reținut faptul că, împotriva deciziei de reziliere a contractului, ofertantul în cauză a introdus acțiune la Tribunalul Brașov, pentru care instanța încă nu s-a pronunțat (conform informațiilor din siteul www.portal.just.ro).

Simpla existența, în SEAP, a unui document constatator „negativ”, emis de Județul Brașov, pe numele acestui operator economic, nu poate constitui motiv de respingere imediată a ofertei lui, la prezenta procedură, fără o analiză a situației, care ar fi trebuit să cuprindă solicitarea de clarificări și examinarea dovezilor prezentate de ofertant, așa cum obligă art. 184 din Legea nr. 99/2016.

Excluderea ofertei putea interveni doar după evaluarea răspunsului la solicitările de clarificare, respectiv după stabilirea gravității și a circumstanțelor particulare ale abaterii avute în vedere, conform obligației impuse de art. 184 alin. (3¹) din Lege.

O asemenea excludere este disproporționată față de interesul entității contractante de a finaliza procedura prin atribuirea contractului, precedată, indiscutabil, de stabilirea credibilității operatorului economic.

În acest sens, relevantă este hotărârea CJUE, în cauza C-171/15, pct. 36: *Nu poate fi exclus faptul că, încă din etapa redactării documentelor procedurii de atribuire a contractului de achiziții în cauză, autoritatea contractantă respectivă poate considera, în funcție de natura contractului și de caracterul sensibil al prestațiilor care fac obiectul acestuia, precum și de cerințele în materie de onestitate profesională și de fiabilitate a operatorilor economici care decurg de aici, că săvârșirea unei abateri profesionale grave trebuie să aibă ca efect respingerea automată a ofertei și excluderea ofertantului culpabil, cu condiția ca respectarea principiului proporționalității să fie asigurată la aprecierea caracterului grav al acestei abateri.*

Întrucât documentele amintite relevă existența unei situații incerte a ofertei depuse de SRL, Consiliul va obliga entitatea contractantă la demersurile impuse prin art. 181 din Legea nr. 99/2016, în sensul

solicitării de informații care să înlăture orice dubiu rezultând din actele respective, ca motiv al excluderii din competiție.

Cât privește critica îndreptată împotriva netransmiterii, în aceeași zi, a adresei de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire și a raportului procedurii, Consiliul o va respinge, ca neîntemeiată, întrucât dispozițiile art. 228 alin. (1) din Lege stabilesc un interval de maxim 3 zile între emiterea celor două documente: *Entitatea contractantă informează fiecare candidat/ofertant cu privire la deciziile luate în ceea ce privește rezultatul selecției, rezultatul procedurii, respectiv atribuirea/încheierea contractului de achiziție sectorială/acordului-cadru sau admiterea într-un sistem dinamic de achiziții, inclusiv cu privire la motivele care stau la baza oricărei decizii de a nu atribui un contract, de a nu încheia un acord-cadru, de a nu implementa un sistem dinamic de achiziții ori de a relua procedura de atribuire, cât mai curând posibil, dar nu mai târziu de 3 zile de la emiterea deciziilor respective.*

Pe de altă parte, demersul entității contractante nu i-a produs contestatorului nicio vătămare, acesta nefiind împiedicat să formuleze, în termen, contestația înaintată la CNSC.

Astfel, pentru argumentele de mai sus, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația și va anula raportul procedurii nr. 2949/05.10.2021, precum și actele subsecvente lui, în partea ce privește evaluarea ofertei SRL, implicit va anula și decizia de anulare a procedurii. Totodată, va obliga entitatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea prezentei decizii, să reevalueze oferta contestatorului, cu solicitarea de clarificări, conform motivării de mai sus.

Față de cererea contestatorului de obligare a entității contractante la plata cheltuielilor de judecată, Consiliul o va respinge, ca nedovedită, în temeiul art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de SRL în contradictoriu cu și anulează raportul procedurii nr. 2949/05.10.2021, precum și actele subsecvente lui, în partea ce privește evaluarea ofertei SRL, implicit anulează și decizia de anulare a procedurii. Obligă entitatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea prezentei decizii, să reevalueze oferta contestatorului, cu solicitarea de clarificări, conform motivării anterioare.

Respinge, ca nedovedită, cererea contestatorului de obligare a entității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

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

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....