



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 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. /, formulată de societatea S.R.L., lider al asocierii S.R.L. – SAS, cu sediul în, str., având Cod Unic de Înregistrare, atribuit fiscal RO, împotriva adresei nr. / 05.04, emisă de S.C. S.A., cu sediul în, județul, în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, fără fază finală licitație electronică, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect „Supervizarea lucrărilor proiectului «Fazarea Proiectului Reabilitarea și extinderea sistemelor de alimentare cu apă și canalizare în județul», cod-uri CPV 71520000-9 – Servicii de supraveghere a lucrărilor (Rev.2), 71521000-6 – Servicii de supraveghere a șantierului (Rev.2), 79421100-2 – Servicii de supraveghere a proiectelor, altele decât pentru lucrările de construcție (Rev.2), s-a solicitat anularea răspunsului la notificarea prealabilă nr. / 11.04, comunicată prin adresa nr. / 11.04, ... / 05.04, prin care oferta asocierii a fost declarată inacceptabilă, anularea rezultatului evaluării, respectiv a rezultatului procedurii de achiziție și a tuturor actelor anterioare sau subsecvente prin care oferta a fost respinsă ca inacceptabilă, precum și a actelor prin care s-a continuat evaluarea celorlați competitori, reevaluarea ofertei și reluarea procedurii din stadiul în care a fost respinsă oferta cu luarea în considerare a ofertei, reevaluarea ofertei depuse de S.R.L. și S.R.L., cu luarea în considerare a cazului de excludere.

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

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația/....., înregistrată la Consiliu sub nr./....., prin care ofertantul S.R.L., critică adresa nr./05.04..... din cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect „Supervizarea lucrărilor proiectului «Fazarea Proiectului Reabilitarea și extinderea sistemelor de alimentare cu apă și canalizare în județul”, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

După prezentarea în fapt contestatorul critică decizia entității contractante de declarare ca inacceptabilă a ofertei în temeiul prevederilor art. 143 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 394/2016 și respinsă în baza art. 143 alin. (1) din același act normativ.

Conform comunicării nr./05.04.2016, entitatea contractantă a reținut faptul că au fost solicitate să fie luate în considerare dovezile care prevedeau credibilitatea societății contestatoare, limitându-se la a reține doar aplicarea motivului de excludere prevăzut de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, fără a aplica prevederile art. 184 alin. (1)-(3) din aceeași Lege.

În opinia contestatorului, faptul că, documentele constatatoare nu au fost încă anulate, iar prevederile lor produc efecte nefiind suspendate, nu pot conduce la concluzia că ar fi aplicabil motivul de excludere prevăzut de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016.

Astfel, concluzia că ar fi aplicabil motivul de excludere prevăzut de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, în opinia contestatorului, nu era suficientă pentru a conduce la respingerea ofertei atunci când s-a solicitat aplicarea prevederilor art. 184 alin. (1) - (3) din Legea nr. 99/2016.

În cadrul răspunsului la solicitarea de clarificări din data de 16.03.2016 transmisă de către societatea contestatoare entității contractante a subliniat măsurile luate și a precizat și atribuirea unui contract similar.

În opinia societății contestatoare, entitatea contractantă a ignorat prevederile art. 184 alin. (1) – (3) din Legea nr. 99/2016, motiv pentru care consideră că măsura respingerii ofertei sale ca inacceptabilă și comunicarea nr./05.04.2016 sunt nelegale.

Raportat la condițiile concrete ale celor două contracte invocate de către entitatea contractantă, contestatorul consideră că nu se poate reține pretinsa încălcare gravă a obligațiilor contractuale, încălcare să facă aplicabile prevederile art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016.

Potrivit prevederilor art. 180 alin. 1 lit. g) din Legea nr. 99/2016, situația de excludere devine aplicabilă la îndeplinirea unor condiții cumulative, printre care cea mai importantă este încălcarea „gravă sau repetată” a obligațiilor contractuale. Neîndeplinirea acestei condiții

conduce la neaplicarea cazului de excludere prevăzută de lit. g) a art. 180 alin. (1).

În cadrul răspunsului la solicitarea de clarificări din data de 16.03.2016, contestatorul a arătat că această condiție nu a fost îndeplinită, iar cauza și existența respectivelor pretinse încălcări au fost lipsite de caracter cert.

Cu privire la modul de îndeplinire a obligațiilor contractuale a contestatorului în cadrul contractului de servicii nr. cu CN S.A., se menționează că există o situație litigioasă determinată de încasarea abuzivă a garanției de bună conduită și de considerare în mod netemeinic de către autoritatea contractantă că respectivul contract nu a fost executat din culpa societății contestatoare.

Astfel, în cazul contractului de servicii menționat anterior, nu au fost îndeplinite două din condițiile cumulative esențiale prevăzute de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016.

Referitor la modul de îndeplinire a obligațiilor contractuale de către S.R.L. în cadrul contractului de servicii nr. /19.09.2011 cu S.A., se precizează că există o situație litigioasă, dar care nu se încadrează în prevederile art. 180 alin. (1) lit g) din Legea nr. 99/2016.

Documentul constatator nr. /28.03.2016 prin care era pretins că asocierea contestatoare nu și-ar fi îndeplinit obligațiile contractuale a fost revocat după cum rezultă din conținutul minutei nr. /10.05.2016 emisă de autoritatea contractantă S.A.

Contestatorul menționează că societatea S.R.L. se află în situația de excludere prevăzută de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016 având în vedere că documentul constatator emis de nr. a fost reziliat existând prejudicii sau pagube.

Contestatorul consideră că operatorul economic trebuia să declare aceste situații în cadrul documentului DUAЕ, iar autoritatea contractantă trebuia să facă aplicarea art. 180 din Legea nr. 99/2016. Prin faptul că nu a precizat în cadrul DUAЕ că nu se află în situația de excludere prevăzută la lit. g), acesta se încadrează în situația de excludere prevăzută de art. 180 lit. h) din Legea nr. 99/2016.

Societatea contestatoare consideră că, ofertanții nu au participat, în realitate, în cadrul procedurii cu oferte independente, impunându-se respingerea ofertelor depuse.

În acest sens, contestatorul prezintă date din hotărârile AGA ale celor doi ofertanți, precum și din extrasele de la Registrul Comerțului.

Prin faptul că cei doi ofertanți au precizat în cadrul DUAЕ că nu participă în cadrul procedurii cu alți ofertanți și că nu au încheiat acorduri care vizează denaturarea concurenței în procedura de față, contestatorul apreciază ca fiind și situația de excludere prevăzută de art. 180 lit. h) din Legea 99/2016.

În drept, S.C. S.R.L. își întemeiază contestația pe prevederile Legii nr. 99/2016 și depune în susținere înscrisuri.

Prin adresa nr. /25.04....., înregistrată la Consiliu sub nr. /26.04....., autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestație, solicitând respingerea acesteia.

În conținutul punctului de vedere, entitatea contractantă, prezintă un scurt istoric al procedurii arătând că, față de documentele analizate a constatat că într-o perioadă de 13 luni calendaristice s-au emis pe numele ofertantului două documente constatatoare privind neîndeplinirea obligațiilor contractuale, cu încetare anticipată a unui contract de achiziție publică și încetarea valabilității unui contract fără îndeplinirea obiectului acestuia.

Un singur document constatator a fost contestat în instanță de către ofertant, litigiul fiind în curs de soluționare, dar fără a se dispune prin hotărâre judecătorească suspendarea efectelor acestuia până la soluționarea definitivă a cererii de chemare în judecată.

Ofertantul nu și-a putut demonstra credibilitatea prin măsurile prezentate, respectiv printr-un litigiu în curs de soluționare, declanșat împotriva unei entități contractante, și două adrese de corespondență cu o altă entitate contractantă în cadrul căroră susține că vina pentru neexecutarea serviciilor aparține entității contractante.

Astfel societatea contestatoare nu se află în posesia unor hotărâri judecătorești definitive care să fi anulat documentele constatatoare emise de entitățile contractante sau care să fi suspendat efectele acestora.

Față de aspectele menționate anterior, entitatea contractantă a reținut că documentele constatatoare nr. /28.03.2016 și nr. AB-SSA: /19.02.2015, emise conform legii achizițiilor publice, au fost acte administrative conform art. 2 alin. (1) lit. c), din Legea nr. 554/2006, prezentând o situație de fapt, prin care au fost oferite informații cu privire la capacitatea unui ofertant de a-și îndeplini în mod corespunzător obligațiile contractuale, fără a aduce prejudicii entității contractante. Ori, potrivit legii contenciosului administrativ, actele administrative se bucură de prezumpția de legalitate, autenticitate și veridicitate, având caracter executoriu. Ofertantul nu a furnizat informații și documente din care să fi rezultat suspendarea efectelor acestor acte administrative prin hotărâre judecătorească în condițiile art. 14 - 15 din Legea nr. 554/2006, până la soluționarea definitivă a cererilor de chemare în judecată.

Față de concluziile menționate, entitatea contractantă a apreciat că ofertantul Asocierea SRL - SAS, s-a încadrat în motivul de excludere prevăzut de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, întrucât și-a încălcat în mod grav și repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unor contracte de achiziții publice, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a unui contract, respectiv a neîndeplinirii

obiectului altui contract în perioada de valabilitate a acestuia, fapte generate de daune și alte sancțiuni comparabile.

Având în vedere aceste aspecte, entitatea contractantă a considerat că pentru aplicarea motivului de excludere prevăzut de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, au fost îndeplinite cumulativ conform art. 161 alin. (8) din H.G. nr. 394/2016 următoarele condiții: încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale - s-a constatat din cuprinsul documentelor constatatoare că serviciile care au făcut obiectul contractelor nu au fost duse la bun sfârșit din culpa ofertantului. Astfel, încălcarea obligațiilor principale a fost atât gravă cât și repetată. Încălcarea obligațiilor principale să fi intervenit în derularea uneia dintre următoarele tipuri de contracte încheiate anterior: contract de achiziții publice, contract sectorial, contract de concesiune - s-a constatat din cuprinsul documentelor constatatoare că încălcările obligațiilor principale au intervenit în derularea unor contracte de achiziții publice. Încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale să fi condus la una din următoarele consecințe (sancțiuni): încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese, alte sancțiuni comparabile - s-a constatat din cuprinsul documentelor constatatoare că entitățile contractante nu au putut duce la bun sfârșit contractele din culpa societății în cauză. Au fost executate silit Garanțiile de Buna Execuție. Contractul de servicii nr. /19.09.2011 având ca entitate contractantă Compania Județeană SA NEAMJ, a fost reziliat prin Notificarea nr. /28.01.2016, iar contractul de servicii nr. /05.07.2012 având ca entitate contractantă „.....” SA, a ajuns la termen fără îndeplinirea obiectului contractului. Aceste fapte sunt generatoare de prejudicii pentru entitățile contractante, implică plata de daune-interese și/sau alte sancțiuni comparabile.

Astfel, condițiile cumulative au fost îndeplinite, iar perioada de timp de la momentul la care s-au petrecut faptele se încadrează în termenul de trei ani prevăzut de art. 184 alin. (6) din Legea nr. 99/2016.

Neexecutarea serviciilor contractului și comportamentul necorespunzător al operatorului economic în cauză au creat îndoieli cu privire la credibilitatea sa.

În ceea ce privește măsurile prezentate de ofertant, comisia de evaluare a apreciat ca în lipsa unor hotărâri judecătorești definitive, litigiile în curs de soluționare nu au fost suficiente pentru demonstrarea credibilității ofertantului.

Raportat la toate argumentele prezentate anterior, entitatea contractantă a hotărât ca ofertantul Asocieria S.R.L - SAS se încadrează în motivul de excludere prevăzut de art. 180 alin. (1), lit. g) din Legea nr. 99/2016.

În ceea ce privește ofertele entitatea contractantă menționează că în urma notificării prealabile a solicitat clarificări

operatorilor economici și se va pronunța separat cu privire la încadrarea sau nu a ofertanților în motivele de excludere prevăzute de art. 180 alin. 1 lit. g din Legea nr. 99/2016.

Referitor la faptul că ofertanții S.C ... S.R.L și S.C S.R.L nu au depus oferte independente în cadrul acestei proceduri, entitatea contractantă a stabilit că această precizare este neîntemeiată având în vedere că ambii ofertanți au bifat în DUAЕ, Partea II, lit. A, că nu participă la procedură în cauză împreună cu alți ofertanți. Totodată este evident ca fiecare ofertant a depus propria ofertă în mod independent, semnata de reprezentantul legal al acesteia. De asemenea, nici susținerea contestatorului potrivit căreia S.C S.R.L și S.C S.R.L aparțin aceluiași grup de interese, având aceiași asociați nu poate fi reținută, întrucât din analiza certificatelor constatatoare, a rezultat că ofertanții au acționari diferiți, niciunul nefiind acționar la celălalt.

Prin adresa nr. 16660/.....-...../03.05....., Consiliul a invitat contestatorul să consulte documentele aflate în dosarul cauzei nr./.....

Ulterior studierii dosarului achiziției publice la sediul Consiliului, ... S.R.L. a formulat concluzii scrise, în data de 10.05..... prin adresa nr./....../17, înregistrată la Consiliu cu nr./11.05....., prin care reiterează și detaliază, totodată, solicitările și argumentele din cuprinsul contestației.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

S.C. S.A., în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, fără fază finală licitație electronică, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect „Supervizarea lucrărilor proiectului «Fazarea Proiectului Reabilitarea și extinderea sistemelor de alimentare cu apă și canalizare în județul”, sens în care a publicat, în SEAP, anunțul de participare nr./.....

Valoarea estimată a contractului este de 2.470.474 RON, iar criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț”.

Analizând criticile formulate de S.C. S.R.L. în cadrul contestației în analiză, Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de decizia comisiei de evaluare de a respinge oferta depusă de acesta, la finalizarea etapei de analizare a DUAЕ, în baza dispozițiilor art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016.

Trecând la soluționarea contestației, Consiliul constată că prin adresa nr./05.04....., după analiza DUAЕ, s-a comunicat contestatorului că oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, deoarece:

Asocierea SRL - SAS se încadrează în motivele de excludere prevăzute de art. 180 alin. (1), lit. g) din Legea nr. 99/2016, deoarece ofertantul si-a incalcat în mod grav și repetat obligațiile ce îi

reveneau în contracte anterioare de servicii, încălcări care au condus la încetarea anticipată a contractului nr. /19.09.2011 cu Compania Județeană SA NEAMJ și la neindeplinirea obiectului contractului nr. .. /05.07.2012 cu Compania Națională „Aeroporturi” SA. în perioada de valabilitate a acestuia, fapte care sunt generatoare de prejudicii pentru entitățile contractante și au ca implicație plata de daune-interese și/sau alte sancțiuni comparabile.

De referință sunt:

- documentul constatator nr. ... /28.03.2016, pentru contractul de servicii nr. /19.09.2011 entitate contractantă fiind Compania Județeană SA NEAMJ;
- documentul constatator AB-SSA: .. /19.02.2015, pentru contractul de servicii nr. .. /05.07.2012 entitate contractantă fiind Compania Națională „Aeroporturi” SA.

Se are în vedere că, sub aspectul motivului de respingere reținut, autoritatea contractantă, prin intermediul DUAЕ, a luat la cunoștință de existența celor 2 documente constatatoare. Drept urmare, prin adresa nr. 2093/13.03....., solicită clarificări contestatorului:

„Din verificarea cerințelor minime de calificare în baza informațiilor cuprinse în DUAЕ depus de ofertant pentru SC SRL, comisia de evaluare a constatat următoarele:

Prin DUAЕ completat, partea III Motive de excludere, punctul C, la secțiunea „încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile”, Ofertantul a bifat DA, adică 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”, în situația executării a două garanții de bună execuție în cadrul a două contracte.

Drept urmare, în conformitate cu prevederile art. 184, alin.(1) și alin.(2) din Legea nr. 99/2016, coroborat cu art. 140 din HG nr. 394/2016, entitatea contractantă solicită ofertantului dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere, astfel:

- datele de identificare a celor două contracte (număr, dată, perioada, beneficiar, valoare);
- documentele Beneficiarului din care rezulta motivele pentru care au fost executate cele două garanții de bună execuție raportat la clauzele contractuale;
- documente din care să reiasă demersurile întreprinse de către ofertant în vederea dovedirii nevinovăției sale”.

Contestatorul răspunde cu adresa nr. /17 din 16.03....., precizând:

„vă transmitem dovezi care să arate că măsurile luate de subscrisa sunt suficiente pentru a ne demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere:

Contractul de servicii nr. /C/05.07.2012, beneficiar CN Aeroporturi SA;

Contractul de servicii nr. /19.09.2011, beneficiar SA Neamț.

Referitor la Contractul de servicii nr. 249/C/05.07.2012, beneficiar CN Aeroporturi SA, depunem:

- Documentul Constatator nr. 50/19.02.2015 emis de CN Aeroporturi SA;

- Adresa nr. 55/23.02.2015 emisă de CN Aeroporturi SA;

Referitor la Contractul de servicii nr. 20772/19.09.2011, beneficiar SA Neamț, depunem:

- Documentul Constatator referitor la neîndeplinirea obligațiilor contractuale nr. 9313/28.03.2016 emis de SA Neamț;

- Notificarea de reziliere nr. 2488/28.01.2016 emisă de către SA Neamț.

Cu privire la documentele din care să reiasă demersurile întreprinse de către ofertant în vederea dovedirii nevinovăției sale, depunem:

Referitor la Contractul de servicii nr. 249/C/05.07.2012, beneficiar CN Aeroporturi SA,

- Adresa LB SAS nr. 11416/PT100/15/27.02.2015;

- Adresa CN Aeroporturi SA nr. 138/14.07.2016 (eronat datată 2015)

Referitor la Contractul de servicii nr. 20772/19.09.2011, beneficiar SA Neamț:

- Plângerea Prealabilă formulată de Asocierea SAFEGE SA NANTERE FRANCE & SRL prin care s-a solicitat revocarea Documentului Constatator nr. 9313/28.03.2016;

- Acțiunea în contencios administrativ având ca obiect constatarea nelegalității Notificării de reziliere nr. 2488/28.01.2016 și obligarea SA la plata de despăgubiri în sumă de 5.157.350 lei, care constituie ds. nr. 591/103/2016 (dosar care s-a conexasă cu ds. 3433/103/2016);

- Minuta întâlnirii din 10.05.2016, înregistrată sub nr. 14513/10.05.2016; - Adresa nr. 14709/12.05.2016 emisă de SA Neamț.

De asemenea facem următoarele precizări:

Reiteram faptul ca societatea noastra, în situatia mentionata, inclusiv cele 2 contracte, nu poate fi considerata a cadea sub incidența situatiilor prevăzute de art. 180 alin 1 lit g) din Legea 99/2016. In plus, societatea SRL a implementat o structura solida de audit, un Cod de Business si a luat si celelalte masuri impuse de legile in vigoare si procedurile interne pentru a asigura deplina calitate si credibilitate

serviciilor noastre, pentru motivele de mai sus mentionate. De asemenea, aceste informații pot fi consultate si pe site-ul nostru, fiind informații cu caracter public, oficial si transparent”.

Autoarea contestației precizează că aceste măsuri au fost considerate ca suficiente pentru a i se atribui un contract similar în județul Gorj.

În răspunsul său, a mai precizat:

Cu privire la modul de îndeplinire a obligațiilor contractuale de către SRL în cadrul contractului de servicii nr. 249/C/05.07.2012 cu CN Aeroporturi SA

În ceea ce privește Contractul de servicii nr. 249/C/05.07.2012 cu CN Aeroporturi SA, în prezent există o situație litigioasă determinată de încasarea abuzivă a garanției de bună execuție și de considerarea în mod netemeinic de către autoritatea contractantă că respectivul contract nu a fost executat din culpa SC SRL.

În realitate, SC SRL a fost împiedicată să își execute în termen obligațiile contractuale de încălcările săvârșite de CN Aeroporturi SA. Poziția subscrisei este detaliată în Adresa noastră nr. 11416/PT100/15/27.02.2016, pe care o atașăm prezentei clarificări. De asemenea, anexăm și Adresele CN Aeroporturi SA nr. 50/19.02.2015 și 55/23.02.2015.

Mai mult, prin interpretarea eronată a termenului de executare a contractului ca având ca efect încetarea acestuia, CN Aeroporturi SA ne-a împiedicat să ducem la bun sfârșit serviciile care erau în sarcina noastră.

Încercările noastre de soluționare amiabilă a litigiului au fost în mod netemeinic respinse prin Adresa CN Aeroporturi SA nr. 138/14.07.2016 (eronat datată 2015). În consecință, în cazul contractului de servicii nr. 249/C/05.07.2012, nu sunt îndeplinite două din condițiile cumulative esențiale prevăzute de 180 alin. 1 lit. g din Legea nr. 99/2016. Este de subliniat că subscrisea SC SRL am fost partea prejudiciată, în condițiile în care nu mi-au fost achitate sumele datorate și mai ales în condițiile în care autoritatea contractantă a și încasat garanția de bună execuție fără a justifica existența vreunui prejudiciu.

Cu privire la modul de îndeplinire a obligațiilor contractuale de către SRL în cadrul contractului de servicii nr. 20772/19.09.2011 cu SA Neamț

De asemenea, în privința Contractului de servicii nr. 20772/19.09.2011 încheiat de SC SRL (ca membru al unei asocieri) cu SA Neamț exista o situație litigioasă, însă aceasta nu se încadrează în prevederile de strictă interpretare ale 180 alin. 1 lit. g din Legea nr.

99/2016, iar aceasta se desfășoară conform Dosar nr. 591/103/2016 aflat pe rolul Tribunalului Neamț.

Autoritatea Contractantă a emis Documentul constatator nr. 9313/28.03.2016 prin care a pretins că asocierea din care făcea parte SC SRL nu și-ar fi îndeplinit obligațiile contractuale, document care nu a fost oricum emis conform prevederilor legale. Cu toate acestea, Liderul Asocierii a demarat procedura pe cale amiabilă pentru revocarea acestui document.

Prin adresa nr. 14709/12.05.2016 autoritatea contractantă SA Neamț a confirmat că plângerea prealabilă care solicita revocarea acestui act administrativ a rămas fără obiect având în vedere conținutul minutei nr. 14513/10.05.2016, unde s-a agreat ca SA Neamț să revoce Documentul constatator. Astfel, în prezent acest Documentul constatator nu produce nici un efect, fiind revocat de însuși emitentul sau, așa cum rezulta din adresa ApaServ SA Neamț nr. 14709/12.05.2016.

În orice caz este de subliniat faptul că pe fondul său, Documentul constatator nr. 9313/28.03.2016 era profund neîntemeiat, așa cum este detaliat pe larg în Plângerea prealabilă formulată de liderul asocierii împotriva acestuia și anexată prezentei clarificări.

Prin urmare nici în această situație nu există vreo dovadă că ar fi îndeplinite condițiile cumulative prevăzute de art 180 alin. 1 lit. g din Legea nr. 99/2016.

Potrivit documentului constatator nr. ../19.02.2015:

C.N. SA., în calitate de Achizitor în baza contractului de prestări servicii nr./05.07.2012, încheiat cu S.C. S.R.L. și având ca obiect elaborarea studiilor de fezabilitate și a fundamentării economico-financiare aferente direcției de dezvoltare a AIBB-AV, referitor la derularea acestui contract menționăm următoarele:

- conform art. 10.2 din Contract, „Recepția preliminară a documentațiilor ce fac obiectul contractului se va efectua de către o comisie desemnată de achizitor, la sediul acestuia, care va verifica conformitatea documentației/iilor predate/e cu cerințele din Caietul de sarcini și din Documentația de atribuire, asumate prin prezentul contract”;

- conform art 10.5 din contract, "Recepția finală a documentațiilor ce fac obiectul contractului se va efectua de către o comisie desemnată de achizitor, la sediul acestuia, după avizarea lor de către autoritățile abilitate. Comisia va verifica conformitatea documentației/iilor predate, cu cerințele din Caietul de sarcini și documentația de atribuire, precum și din avizele/acordurile obținute de la autoritățile abilitate, asumate prin prezentul contract, Documentațiile predate pentru recepția finală vor conține toate avizele și acordurile solicitate de legislația în vigoare”;

- demararea procesului de elaborare a fundamentării economico-financiare era condiționată de efectuarea recepției finale a studiului de

prefezabilitate, iar elaborarea studiului de fezabilitate era condiționată de efectuarea recepției finale a fundamentării economico- financiare;

- studiul de prefezabilitate (primul document necesar a fi executat și predat în succesiunea obligațiilor existente), înaintat în toate cele 6 variante ale sale (varianta inițială, urmată de reviziile 1-5), a fost respins de către Comisia de recepție preliminară a Studiului de prefezabilitate, special constituită la nivelul CNAB, în temeiul art 10.2 din contract. Motivul respingerilor l-au reprezentat observațiile formulate de membrii Comisiei asupra variantei 0 și a fiecărei revizii, precum și faptul că reviziile nu aveau implementate o mare parte din observațiile formulate pe variantele anterioare;

- prin faptul că nici una din variantele studiului de prefezabilitate elaborate S.C. S.R.L. nu a putut fi recepționată preliminar de către CNAB, până la data de 05.02.2015, ultima zi de valabilitate a contractului, Achizitorul nu a putut efectua recepția finală a nici uneia din cele 3 documentații ce au făcut obiectul contractului.

În consecință, contractul și-a încetat valabilitatea la 06.02.2015, fără îndeplinirea obiectului acestuia.

Potrivit documentului constatator nr./28.03.2016, emis de Neamț:

2. Asocierea SAFEGE SAS Nanterre France & SRL. a participat la îndeplinirea contractului de achiziție publică în calitate de prestator.

3. A fost încheiat contractul nr. 20772/19.09.2011, având ca obiect asistenta tehnică pentru supervizarea lucrărilor din cadrul Proiectului Major "Extinderea și reabilitarea infrastructurii de apă și apă uzată din județul Neamț, România".

4. Durata contractului: minim 45 de luni de la ordinul de începere a serviciilor.

5. În vederea atribuirii contractului de achiziție publică a fost organizată o procedură de licitație restransă, a cărei deschidere a ofertelor a avut loc în data de 31.05.2011

6. Valoarea inițială a contractului este de 14.161.977,06 lei, valoarea plătită până la momentul rezilierii este de 12.745.725,31 lei.

7. Criterii de evaluare a modului de neîndeplinire a contractului:

a - Au fost constatate abateri de la calitatea serviciilor;

b. - Termenele contractuale de depunere a documentelor nu au fost respectate

c. - Documentele necesare derulării contractului au fost întocmite cu întârziere;

d. - Au fost aduse prejudicii autorității contractante pe perioada derulării contractului, atât materiale cât și de imagine;

e. -S-a constatat opturarea desfasurarii Proiectului Major prin respingerea proiectelor sau netransmiterea aprobarilor pentru proiectele care erau vizate cu verifcator de proiect, sau vizate spre neschimbare.

Prin adresa nr. / din 27.02.2015, contestatorul s-a adresat C.N. Aeroporturi SA, precizând:

„Ne referim la scrisorile dvs. nr. / 19.02.2015 si nr. 55/23.02.2015, ambele recepționate in data de 24.02.2015 referitoare la contractul de prestări servicii mentionat in subiect.

Susțineți în mod netemeinic faptul ca neindeplinirea obiectului contractului este cauzata de încălcarea obligațiilor de către Prestator. Datoria îndeplinirii contractului in integralitatea lui nu se afla exclusiv in sarcina uneia dintre parti. În calitate de Achizitor aveți obligația de a ne sprijini in activitatea de derulat prin furnizarea informațiilor necesare, prin reacția in timp util la livrabilele inaintate si prin efectuarea unor comentarii constructive ce ar putea fi intr-adevar implementate si pentru a duce astfel la îndeplinirea contractului, in opinia noastra, aportul dvs ca Achizitor al studiilor ce fac obiectul contractului, nu fost unul corespunzător, ceea ce a dus, în pofida îndeplinirii substanțiale de către noi a sarcinilor pe care le-am înțeles asumate, la imposibilitatea finalizarii in termenul contractual.

In plus, schimbările in organizarea si/sau structura CNAB au cauzat întreruperi si perturbări in buna executare a contractului. Obligațiile contractuale ale Prestatorului fiind majoritar condiționale in mod direct de acțiunile dvs, ale Achizitorului, consideram ca modalitatea in care ati acționat pe parcursul evoluției contractului a avut un impact negativ asupra modului de îndeplinire al contractului. (...)

In concluzie, Prestatorul a fost impiedicat in mod repetat si intentionat sa-si desfasoare activitatea conform contractului si metodologiei propuse in oferta sa. Respingerea repetata a SPF a avut un caracter de taraganare a deciziei, este știut faptul ca managementul CNAB a fost schimbat succesiv in perioada 2013 - 2014 si aproape de fiecare data au fost comunicate alte seturi de comentarii (remarcam faptul ca unele comisii tehnice au analizat revizii anterioare fara sa tina cont de comentariile făcute in prealabil si pe care Prestatorul deja le implementase).

Prestatorul a încercat sa rezolve in mod amiabil aceasta divergenta de opinii cu privire la investițiile prezentate in SPF si a solicitat Achizitorul sa organizeze întâlniri de lucru cu reprezentanții acestuia pentru a identifica împreuna modalitatea optima pentru finalizarea cu succes a contractului, in întregime sau doar a unei parti a acestuia - recepția SPF si încheierea contractului, de comun acord la aceasta faza, care ar fi fost urmata de elaborarea analizei cost-beneficiu si apoi elaborarea Studiului de Fezabilitate (pe baza unei noi prelungiri a duratei contractului).

In aceste circumstanțe credem ca tot o abordare abuziva este din partea dvs si informarea potrivit careia urmeaza sa demarați procedurile in vederea executării garanției de buna execuție. Suntem pe deplin conștienți de scopul în care se constituie o garanție de buna execuție, asa cum citati din prevederile legale in vigoare, dar atragem atentia si

asupra prevederilor contractuale (art. 11.4) conform carora "Achizitorul are dreptul de a emite pretentii asupra garanției de buna execuție în limita prejudiciului creat..." menționând ca nu ne-ati informat asupra modului în care dvs înțelegeți a fi fost prejudiciați - în condițiile în care nu ati achitat nimic din sumele la care am fi fost îndreptățiți pentru eforturile în realizarea contractului - sau cum a fost un astfel de prejudiciu cuantificat conducând la potentiala execuție a întregii sume garantate".

De reținut este și faptul că potrivit procesului verbal nr./31.03..... de analizare a răspunsului la solicitarea de clarificări, „contractul încheiat cu C.N. SA nu a încetat anticipat, ci a încetat valabilitatea acestuia, fără îndeplinirea obiectului acestuia”.

Așa cum afirmă și contestatorul, în cazul situației litigioase cu CN Aeroporturi, posibilele despăgubiri sunt acoperite, întrucât garanția de bună execuție a fost reținută, chiar dacă respectiva autoritate contractantă nu a justificat producerea vreunui prejudiciu efectiv.

Din examinarea documentelor aflate în copie la dosarul cauzei, Consiliul reține că în minuta nr. 14513/10.05.2016 s-a menționat:

Concluziile ședinței din 10.05.2016, ce a avut loc la sediul companiei CJ SA Piatra Neamț

Părțile sunt:

- APASERV - reprezentata de Dl. Ionut Cătălin Dughir - Director General
- SAFEGE SAS- reprezentata de Dl. Benoit Samanos - Director International

Părțile (APASERV si SAFEGE) convin sa urmeze următorii pasi, în vederea soluționării amiabile:

1. *Safege va renunța la judecata în dosarul nr./2016 pana la data de 13 mai 2016.*

Safege isi rezerva dreptul de a reinitia procedura legala daca ASD mentionata la pct.2 nu va fi semnata înainte de 30 iunie 2016.

2. *Se va semna un Acord de Soluționare a Disputelor pana la data de 30.06.2016, care va cuprinde următoarele:*

a) *returnarea valorii Garanției de Buna Execuție, în termen de 45 zile de la data semnării Acordului de Soluționare a Disputelor;*

b) *Safege va sprijini Apaserv în procedura de audit final si după aceasta, dacă Apaserv si Safege decid sa conteste decizia. Sprijinul acordat va fi gratuit.*

c) *Părțile convin sa ajungă la un acord privind suma plății finale si eventualele costuri suplimentare, maxim 100% din valoarea contractului nr. 20772/19.09.2011, în termen de 1 an de la semnarea Acordului de Soluționare a Disputelor.*

d) *În termen de 45 de zile, Apaserv isi va retrage Actul Constatator Primar. Actul Constatator Final va fi emis dupa semnarea Acordului mentionat la punctul c) si dupa auditul final al Curții de conturi.*

e) *Părțile convin sa nu mai întreprindă acțiuni în instanța și sa considere ca Acordul de Soluționare a Disputelor acoperă orice revendicări, cu condiția ca punctul c) sa se soluționeze în termen de 1 an de la semnarea Acordului de Soluționare a Disputelor.*

În afara solicitării de clarificări, adresată contestatorului, în legătură cu cele 2 documente constatatoare, autoritatea contractantă s-a adresat și emitentelor celor 2 documente constatatoare, acestea transmițând aceleași documente și informații furnizate de contestator.

Din cele de mai sus, reiese că ofertantul contestator și-a demonstrat credibilitatea prin dovezile prezentate, respectiv prin litigiile declanșate împotriva autorităților contractante, litigii aflate în curs de soluționare, în cadrul cărora susține că vina pentru neprestarea serviciilor aparține autorităților contractante, întrucât autoritățile nu au răspuns solicitărilor lui de a-l sprijini în realizarea contractului, inclusiv prin întâlniri pentru a stabili împreună măsurile ce trebuiesc luate.

De asemenea, și-a demonstrat credibilitatea prin măsurile pe care le-a luat pentru îmbunătățirea activității, prevăzute la art. 184 alin. (3) din Legea nr. 99/2016, dar autoritatea contractantă nu le-a luat în considerare.

Autoritatea contractantă nu putea ignora toate documentele și explicațiile aduse de S.C. S.R.L. și să ia în considerare, pentru a decide excluderea ofertantei de la procedură, doar documentele constatatoare emise de SA Piatra Neamț și C.N. SA. Mai mult, documentul constatator, emis de SA, a fost reziliat conform minutei.

Având în vedere cele de mai sus, comisia de evaluare a apreciat, în mod incorect, că ofertantul S.C. S.R.L. se încadrează în motivul de excludere prevăzut de art. 180 alin. 1) lit. g) din Legea 99/2016, întrucât și-a încălcat în mod grav și repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unor contracte de achiziții publice, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivelor contracte, generarea unor daune și a altor sancțiuni comparabile.

Comisia de evaluare, în mod incorect, a declarat oferta depusă de S.C. S.R.L. inacceptabilă în baza art. 143 alin. (2) lit. b) din HG 394/2016, și a respins-o în baza art. 143 alin. (1) din H.G. nr. 394/2016.

Incidente în speță sunt dispozițiile art. 161 din Hotărârea Guvernului nr. 394/2016 potrivit cărora:

(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. 180 alin. (1) lit. g) din Lege.

Astfel, cum rezultă din aceste dispoziții, autoritatea contractantă trebuie să verifice îndeplinirea celor 3 condiții cumulative.

Astfel, Consiliul apreciază că, în speță, prima condiție – 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 – instituită de prevederile art. 180 lit. g) din Legea nr. 99/2016, nu este îndeplinită, mijlocul de probă în acest scop fiind documentele constatatoare.

Referitor la cea de-a doua condiție impusă de art. 180 lit. g) din Legea nr. 99/2016 – aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract - din analiza documentelor constatatoare antemenționate, Consiliul reține că nu s-au mai prestat serviciile respective, deși contractul nu a fost reziliat (cel încheiat cu C.N. SA), celălalt contract fiind reziliat după ce s-a plătit 90% din valoarea contractului.

În cazul documentului constatator emis de SA, Consiliul constată că, în cele din urmă, acesta va fi revocat, așa cum rezultă din adresa Neamț nr./12.05.2016. În cazul documentului constatator emis de C.N. Aeroporturi SA, contractul încheiat cu S.R.L. și-a încetat valabilitatea la data de 06.02.2015, fără îndeplinirea obiectului acestuia. Așadar, în acest caz nu se vorbește despre încetarea anticipată a contractului.

Astfel, se observă că nu s-a consemnat prejudiciul produs sau estimat că s-ar fi putut produce, neexistând astfel un reper în aprecierea existenței și întinderii prejudiciului. Conform susținerilor contestatoarei, aceasta nu a plătit daune-interese sau alte sancțiuni similare în cadrul acestor contracte, deci nici a treia condiție nu este îndeplinită.

Autoritatea contractantă s-a prevalat de existența documentelor constatatoare pentru a exclude oferta intimitei contestatoare fără a demonstra existența unor situații care ar fi pus-o în imposibilitatea de a-și respecta planul de perspectivă privind serviciile de supervizare a lucrărilor proiectului de reabilitare și extindere a sistemelor de alimentare cu apă și canalizare în jud.

Referitor la susținerile contestatorului că documentele constatatoare nu au îndeplinit condițiile cumulative impuse de lege pentru excluderea ofertantului, respectiv: îndeplinirea defectuoasă sau neîndeplinirea obligațiilor din culpa exclusivă a ofertantului; plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile, Consiliul admite aceste susțineri, din considerentele mai jos prezentate:

Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, stabilește prin art. 180, situațiile în care comisia de evaluare poate dispune excluderea ofertantului, printre care și situația prevăzută la alin. (1) lit. g), respectiv:

„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”.

Dispozițiile citate mai sus, din cadrul Legii nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, sunt completate de dispozițiile alin. (8) al art. 161 din H.G. 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, astfel:

„(8) Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatat, comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 180 alin. (1) lit. g) din Lege”.

În plus, aliniatele: (1), (2) și (3) ale art. 184 din Legea 99/2016 privind achizițiile sectoriale, aduc următoarele precizări suplimentare:

„(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.

Toate dovezile prezentate de contestator, care se încadrează în prevederile art. 184 alin. (1) – (3) din Legea nr. 99/2016, trebuiau

analizate de autoritatea contractantă, prin raportare la situația concretă din cauză, precum și la pretensele încălcări contractuale care sunt puse în sarcina sa.

Așadar, potrivit dispozițiilor legale citate mai sus, se pot desprinde următoarele aspecte principale:

Pentru aplicarea motivului de excludere prevăzut de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, este necesar să fie îndeplinite următoarele condiții cumulative:

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

Nu orice neîndeplinire a unor clauze contractuale poate să genereze aplicarea dispozițiilor art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, după cum nu orice document constatator trebuie să conducă, *tale quale*, la respingerea ofertantului, legiuitorul impunând comisiei de evaluare verificarea îndeplinirii condițiilor cumulative prevăzute la articolul respectiv.

Având în vedere cele mai sus menționate, Consiliul reține că prevederile art. 180 alin. (1) lit. g) nu trebuie utilizate ca un instrument de excludere a oricărui operator economic care a greșit la un moment dat în contextul îndeplinirii unui contract, cu atât mai mult cu cât este posibil să existe o culpă comună a autorității contractante și prestatorului. Astfel, aprecierea lăsată la latitudinea autorității contractante nu trebuie interpretată ca fiind echivalentă cu un drept ce poate fi exercitat în orice condiții, sau că existența documentului constatator, conduce, de drept, la respingerea ofertantului. Deși dispozițiile art. 161 din H.G. nr. 394/2016 arată că documentul constatator este un act administrativ, de aici nu se poate desprinde concluzia că el este prezumat a fi valabil, din moment ce însuși legiuitorul obligă autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, să verifice dacă cele cuprinse în conținutul său respectă condițiile prevăzute în lege [(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. 180 alin. (1) lit. g) din Lege*].

Analizând prevederile legale antemenționate, rezultă că pentru a putea exclude un operator economic, trebuie îndeplinite cumulativ, și nu alternativ, următoarele condiții:

- operatorul economic **a încălcat în mod grav sau repetat** obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui **contract de achiziții publice**, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune;

- încălcarea acestor obligații a condus la **încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.**

Față de cele de mai sus, Consiliul apreciază că, pentru a uza de prevederile art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016 referitoare la excluderea ofertei societății contestatoare, autoritatea contractantă ar fi trebuit să aibă certitudinea îndeplinirii condițiilor cumulative mai sus menționate, or lipsa anumitor informații din documentul constatator în discuție trebuia să conducă la verificări suplimentare din partea autorității contractante.

Măsura excluderii ca urmare a incidenței art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016 poate fi luată de autoritatea contractantă pe baza unor dovezi clare, certe, din care să rezulte fără dubiu că sunt îndeplinite condițiile cumulative prevăzute de dispozițiile legale, ceea ce înseamnă că, anterior respingerii ofertei, autoritatea contractantă trebuia să clarifice cu ofertanta contestatoare aspectele constatate ca urmare a consultării documentelor constatatoare, pentru a obține informații și documente din care să rezulte, cu certitudine, îndeplinirea condițiilor prevăzute de dispozițiile legale citate, în lipsa acestora oferta fiind în mod eronat respinsă.

Din analiza documentelor constatatoare în discuție, se constată că în cadrul acestora, beneficiarii nu au menționat, față de îndeplinirea obligațiilor în mod necorespunzător, că „operatorul economic **și-a încălcat în mod grav sau repetat** obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui **contract de achiziții publice** (...), iar aceste încălcări au dus la **încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile**).

În speță, autoritatea contractantă nu a demonstrat, prin demersurile făcute, cu privire la modul de derulare a contractelor invocate în documentul constatator, a culpei ofertantei și a **încălcării în mod grav sau repetat** a obligațiilor contractuale ce-i reveneau, cu consecința **încetării anticipate a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.**

În acest context, Consiliul reține că în procesul verbal nr. 2587/31.03..... de analizare a răspunsului la solicitarea de clarificări, nu există niciun argument care să susțină condițiile prevăzute de legiuitor referitoare la încălcarea în mod grav sau repetat a obligațiilor contractuale, cu consecința încetării anticipate a contractelor, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

De altfel și Curtea de Apel Oradea – Secția a II-a Contencios, Admistrativ și Fiscal în Decizia nr. ... din 27.09.2016 pronunțată în

dosarul nr. și Decizia nr. .., pronunțată în Dosarul 545/35/CA/2016-R. În cadrul Deciziei nr. ... 27.09.2016 pronunțată în dosarul nr., a statuat următoarele:

"Curtea reține că nu este suficient că fapta ofertantului de a nu-și fi îndeplinit obligațiile contractuale sau de a le fi îndeplinit necorespunzător să fi produs beneficiarului un prejudiciu, ci ca acest prejudiciu să fie grav.

În mod corect a reținut Consiliul că autoritatea contractantă nu a solicitat CNADNR să-i comunice dacă a apreciat că în derularea contractelor cu pricina, SC Diferit i-a pricinuit un grav prejudiciu, deși ar fi trebuit să o facă, aceasta fiind singura în măsură să aprecieze dacă prejudiciul suferit, generat de ofertanta SC Diferit, a fost grav sau nu.

Iar în cadrul Deciziei nr. din 27.09.2016 pronunțată în dosarul nr., Curtea a statuat următoarele:

Consiliul a invocat în sprijinul soluției adoptate atât normele de drept comunitar, respectiv art. 45 din Directiva 18/2004/CE, cât și jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene (cauza C-465/11) reținând că poate fi exclus de la participarea la un contract un operator economic „care s-a făcut vinovat de o gravă abatere profesională, dovedită prin orice mijloace pe care autoritățile contractante le pot justifica”.

A reținut, în mod întemeiat, că noțiunea „abatere gravă” presupune din partea operatorului economic un comportament care denotă o intenție culpabilă sau neglijență de o anumită gravitate din partea sa, astfel că o executare incorectă, imprecisă sau defectuoasă a unui contract sau a unei părți din contract nu echivalează în mod automat cu o abatere gravă, menționând că prevederile art. 181 lit. c1 nu trebuie utilizate ca un instrument de excludere a operatorului economic care a greșit la un moment dat în contextul îndeplinirii unui contract, iar atitudinea autorității contractante nu trebuie interpretată ca fiind echivalentă cu un drept ce poate fi exercitat în orice condiții, fiind necesară probarea unui cumul de condiții care urmează a fi îndeplinite pentru ca decizia de excludere să poată fi considerată una corectă”.

Chiar dacă spețele, mai sus evocate, privesc vechea legislație, respectiv O.U.G nr. 34/2006, Consiliul reține că, în principiu, instanța de apel a statuat în sensul că simpla existență a documentului constatatator nu dă dreptul autorității contractante la excluderea ofertei din procedura și că în speță, nu există încălcări contractuale grave sau repetate, față de lipsa de gravitate a încălcării.

Nefiind demonstrată de către achizitoare îndeplinirea condițiilor la care face referire art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, oferta depusă de autoarea contestației nu putea fi exclusă.

Se constată, astfel, față de cele de mai sus, că în mod nelegal a fost respinsă oferta contestatoarei, impunându-se reevaluarea acesteia.

Față de ansamblul considerentelor expuse în paginile de mai sus, se reține că evaluarea ofertei depuse de S.C. S.R.L. a înregistrat abateri de la cadrul legal, situație în care critica societății contestatoare privind nelegalitatea respingerii ofertei este întemeiată. În consecință, în baza 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de S.C. S.R.L., va anula raportul procedurii în partea care privește oferta S.C. S.R.L., precum și adresa de comunicare a rezultatului procedurii transmisă acestui ofertant, cu respectarea celor din motivare, a documentației de atribuire și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice.

Solicitarea contestatorului de a obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor depuse de ceilalți doi ofertanți, cu luarea în considerare a cazului de excluderea a acestora, a rămas fără obiect, având în vedere faptul că și ofertele acestora au fost respinse, așa cum rezultă din extrasele SEAP, existente la dosar, puse la dispoziție de autoritatea contractantă, procedura fiind anulată.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, Consiliul admite în parte contestația formulată de S.R.L., în contradictoriu cu S.C. S.A.

Anulează procesul-verbal de analizare a DUAЕ și a răspunsului la clarificări (în care s-a luat decizia de excludere a contestatorului), în partea care privește oferta S.C. S.R.L., precum și adresa de comunicare a rezultatului parțial al procedurii, transmisă acestui ofertant. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei S.C. S.R.L., în termen de 10 zile de la data primirii prezentei.

Respinge, ca rămas fără obiect, capătul de cerere privind reevaluarea ofertelor depuse de ceilalți doi participanți, cu luarea în considerare a cazului de excludere.

Împotriva prezentei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 alin. 1 din Legea nr. 101/2016.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

MEMBRU,

MEMBRU,

.....

.....

.....

Redactat în exemplare, conține pagini.