CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, Bucureşti, cod poştal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 şi +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestaţia nr. 847/13.09.2017, înregistrată la CNSC cu nr. 38648/14.09.2017, formulată de ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF ..., atribut fiscal RO, reprezentată prin ... – administrator, în calitate de lider al asocierii ... - ..., împotriva rezultatului procedurii, comunicat prin adresa nr. 26461/01.09.2017, emisă de ..., cu sediul în ..., având CIF ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificată, într-o singură etapă, online, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „Lucrări de întreținere și reparații străzi, trotuare și alei, amenajări parcări, plombe și covorase asfaltice, covoare asfaltice”, cod CPV 45233141-9 - Lucrări de întreținere a drumurilor (Rev.2), s-a solicitat anularea adresei nr. 26461/01.09.2017 de comunicare a rezultatului procedurii și adresei nr. 27011/08.09.2017 reprezentând răspunsul la notificarea prealabilă, anularea raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente acesteia, referitoare la oferta contestatorului, dacă există, obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire cu reanalizarea-reevaluarea ofertei contestatorului, precum și suspendarea procedurii de atribuire.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţia de faţă, prin care ofertantul ... contestă rezultatul procedurii de atribuire în cauză, solicitând cele evocate în preambulul prezentei decizii.

Contestatorul precizează că a participat la procedură în calitate de ofertant, iar în data de 01.09.2017 a primit din partea autorității

contractante adresa nr. 26461 prin care îi este comunicat faptul că oferta depusă a fost respinsă conform prevederilor art. 166 alin. (8) din H.G. nr. 395/2016 și art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, motivând astfel:

«Comisia de evaluare a constatat că ... a eliberat documentul constatator nr. 17086/09.06.2017 pentru ..., care a fost contractant asociat la contractul de lucrări încheiat pentru obiectivul „Extindere P+1 Grădiniţă nr. 9 - rest de executat”, în care se precizează că acel contract nu a fost îndeplinit în mod corespunzător întrucât nu a respectat termenul de execuţie a lucrărilor prevăzut în contractul de execuţie lucrări nr. ....»

... precizează că a contestat în instanţă acest document constatator, solicitând atât suspendarea executării acestuia, cât și anularea acestui document, în dosarul nr. ... aflat pe rolul ....

Contestatorul precizează că, potrivit art. 166 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016: „(5) Documentele constatatoare emise de către entitatea contractantă în conformitate cu prevederile alin. (1) şi (2) se publică în SEAP, după expirarea termenelor de contestare prevăzute de Legea nr. 554/2004, cu modificările şi completările ulterioare”, or, potrivit acestei prevederi legale, având în vedere că respectivul document a fost contestat în termen legal, aflându-se pe rolul instanţei de judecată o cauză privitoare la acesta, respectivul document nu s-a publicat în SEAP, ceea ce atrage după sine neluarea acestuia în considerare până la soluţionarea cauzei de către instanţă.

... contestă respingerea ofertei sale pe baza acestui document constatator, având în vedere că Legea nr. 98/2016 nu prevede o asemenea soluţie. În situaţia unui document constatator necontestat, legea prevede o procedură de excludere și în niciun caz o procedură de respingere a ofertei.

Contestatorul invocă dispoziţiile art. 167, art. 168 și art. 169 din Legea nr. 98/2016, precizând că neîndeplinirea obligaţiei principale de către pârâtă, de achitare a contravalorii lucrărilor executate conform situaţiilor de plată a stat și la baza actelor adiţionale prin care a fost prelungit termenul de finalizare a lucrărilor respective. În aceste condiţii, contestatorul consideră că nerespeciarea termenului de execuţie nu se datorează vreunei cauze de nerespectare a obligaţiilor contractuale a sa, ci nerespectării obligaţiilor contractuale de către .... Mai mult, respectivul document constatator a fost emis de o autoritate necompetentă, iar declaraţia de reziliere este nelegală întrucât a fost emisă după încetarea contractului prin ajungerea la termen.

Contestatorul consideră că autoritatea contractantă a încălcat dispoziţiile art. 113 din Legea nr. 99/2016 la aplicarea procedurii simplificate. Astfel, potrivit art. 113 alin. (4) lit. a), autoritatea contractantă a decis desfășurarea acestei proceduri simplificate într-o singură etapă, ceea ce presupune că nu există o etapă de calificare și selecţie prevăzută de art. 113 alin. (4) lit. b) decât dacă autoritatea contractantă decidea desfășurarea procedurii simplificate în mai multe

etape. Cum, potrivit art. 113 alin. (11), legea permite excluderea de la această procedură numai în situația în care s-au stabilit mai multe etape pentru solicitarea de criterii de calificare și selecţie, contestatorul apreciază că respingerea ofertei sale înainte de evaluarea acestora, care a avut drept consecinţă o excludere de la respectiva procedură este nelegală și luată cu încălcarea dispoziţiilor imperative ale legii. De asemenea, în cauză nu sunt îndeplinite dispoziţiile art. 166 alin. (8) din H.G. nr. 395/2016 și art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, așa cum în mod greşit și nelegal a reținut autoritatea contractantă în documentul de respingere a ofertei și în răspunsul la notificarea prealabilă.

Contestatorul invocă dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 și precizează că, în cauza de față, contractul a încetat prin ajungerea la termen, notificarea de reziliere a autorității contractante făcută după încetarea prin ajungerea la termen neputând avea niciun efect juridic și, mai ales, neputând fi interpretată ca o încetare anticipată. De asemenea, autoritatea contractantă nu a făcut dovada plăţii unor daune-interese sau altor sancţiuni comparabile, motiv pentru care oferta a fost respinsă în mod nelegal.

Contestatorul consideră că autoritatea contractantă trebuia să solicite clarificări exacte, potrivit dispoziţiilor art. 209 din Legea nr. 98/2016 și ale art. 134 din H.G. nr. 295/2016 și consideră că evaluarea realizată de autoritatea contractantă se abate de la dispoziţiile legale citate și de la prevederile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. De asemenea, potrivit art. 171 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, „În cazul în care autoritatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilităţii, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire”.

Contestatorul precizează că, potrivit opiniei ANAP exprimată într-o speţă similară, prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 nu operează de drept, ci, la aprecierea situaţiilor de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire, autoritatea contractantă va avea în vedere:

- exemplele de situaţii care sunt considerate încălcări grave ale obligaţiilor contractuale oferite de art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016;
- dovezile pe care operatorul economic le poate furniza autorităţii contractante pentru demonstrarea credibilităţii, prin raportare la motivul/ele de excludere, menţionate în mod expres la art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Prin urmare, autoritatea contractantă trebuie să verifice în ce măsură operatorul respectiv a adus prejudicii autorităţilor contractante, simpla întârziere a finalizării contractului nefiind considerată, în sine, o abatere gravă, în acest sens fiind emisă şi o decizie recentă a unei Curți de Apel.

Contestatorul subliniază că art. 171 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 prevede neaplicarea sancţiunilor prevăzute la art. 164 și 167 în cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată, prin hotărâre definitivă a

unei instanţe de judecată, măsura interdicţiei de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziţie publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă.

Urmare celor antemenționate, contestatorul solicită admiterea contestației și anularea deciziei autorității contractante de respingere a ofertei, precum și suspendarea procedurii de atribuire sau deciziilor luate de autoritatea contractantă.

În drept, contestatorul invocă dispoziţiile Legii nr. 98/2016, Legii nr. 101/2016 și H.G. nr. 395/2016.

Prin adresa nr. 28784/20.09.2017, înregistrată la Consiliu cu nr. 39538/20.09.2017, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestație, prin care solicită respingerea acesteia ca fiind introdusă de o persoană care nu are calitatea de reprezentant, contestația nr. 847/13.09.2017, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 38648/14.09.2017 - dosar ... și la autoritatea contractantă cu nr. 27937/14.09.2017, formulată de ... - lider al asocierii ... - ..., reprezentată prin administrator ..., ținând cont de prevederile art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, având în vedere următoarele:

În data de 14.09.2017, ... a transmis adresa nr. 856/14.09.2017, înregistrată la ... cu nr. 6698/14.09.2017, prin care comunică faptul că, începând cu data de 24.08.2017, administratorul societății ... este dl. ...

Autoritatea contractantă precizează că a primit două contestații înregistrate cu acelaşi număr la contestator, respectiv nr. 847/13.09.2017, una formulată de administrator ..., înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 27761/13.09.2017 și alta formulată de administrator ..., înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 27937/14.09.2017.

Autoritatea contractantă subliniază că la CNSC a fost depusă doar contestația formulată de administrator ..., înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 27937/14.09.2017, iar d-na ... nu mai este administrator al societății din data de 24.08.2017, contestația fiind introdusă de o persoană care nu mai are calitatea de reprezentant.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă solicită respingerea ca nefondată a contestației nr. 847/13.09.2017, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 38648/14.08.2017 - dosar ... și la autoritatea contractantă sub nr. 27937/14.09.2017, formulată de ..., având în vedere următoarele:

Autoritatea contractantă precizează că procedura s-a derulat într-o singură etapă, integral prin mijloace electronice, conform prevederilor art. 113 alin. (4) lit. a) din Legea nr. 98/ 2016. S-au solicitat clarificări privind documentaţia de atribuire, la care s-au transmis răspunsuri ce au fost publicate în SEAP la secţiunea „Documentație și clarificări” într-un document ataşat anunţului de participare și individual fiecărui operator. Accesarea ofertelor a avut loc în ziua de 21.08.2017, ora 15:00, în prezenţa membrilor comisiei de evaluare. Au fost evaluate cele 10 oferte depuse în 5 şedinţe ale comisiei de evaluare până la acest moment, stadiul fiind evaluarea propunerilor financiare depuse de ofertanţi. Nu au fost

depuse notificări prealabile/contestații cu privire la conținutul documentaţiei de atribuire.

La prezenta procedură de atribuire a depus ofertă și asocierea ... - ... - lider de asociere ... Conform acordului de asociere din ofertă, ... va executa 80% din contract, iar asociatul ... va executa 20% din contract. Conform celor consemnate în PVE nr. 26460/01.09.2017, comisia de evaluare a procedat la analiza și verificarea DUAE, în conformitate cu prevederile cuprinse în Capitolul III „Realizarea achiziţiei publice”, Secţiunea a 10-a „Procesul de verificare şi evaluare” din H.G. nr. 395/2016.

Comisia de evaluare a constatat că ... a eliberat documentul constatator nr. 17086/09.06.2017 pentru ..., avand calitatea de contractant asociat în contractul de lucrări pentru obiectivul „Extindere P+1 Grădiniţă nr. 9 - rest de executat”, certificat în care se menționează, la punctul 8, îndeplinirea necorespunzătoare a contractului, respectiv rezilierea acestuia. Contractul nr. ... având ca obiect „Extindere P+1 Grădiniţă nr. 9 ...” - rest de executat, a fost încheiat cu asocierea ... – ..., lider de asociere ..., ca urmare a publicării invitației de participare nr. ... (Anunţ de atribuire nr. ...).

Autoritatea contractantă precizează că în certificat se face menţiunea că respectivul contract nu a fost îndeplinit în mod corespunzător întrucât executantul nu a respectat termenul de execuţie a lucrărilor prevăzut în contractul de execuţie lucrări nr. .... Documentul constatator a fost atacat în instanță de asocierea ... – ... potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 544/2004. Pe rolul ... se află în curs de soluţionare dosarul nr. ... având ca obiect „suspendare executare act administrativ - anulare act”. Cauza se află în perioada de verificare și regularizare prevăzută de art. 200 Noul Cod de procedură civilă, nefiind fixat primul termen de judecată conform certificatului de grefă ataşat la contestație. Prin urmare, documentul constatator își produce efecte, nefiind suspendat sau anulat de o instanță judecătorească.

Autoritatea contractantă invocă dispozițiile art. 167 din Legea nr. 98/2016 și precizează că oferta depusă de asocierea ... - ... a fost exclusă întrucât ofertantul nu a îndeplinit obligaţiile contractuale stipulate în contractul nr. ... încheiat cu ..., aspect dovedit prin certificatul constatator nr. 17086/09.06.2017, ofertantul fiind respins în baza prevederilor art. 166 alin. (8) din H.G. nr. 395/2016 și art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Urmare celor antemenționate, autoritatea contractantă solicită respingerea ca nefondată a contestației și menţinerea ca temeinică și legală a deciziei autorității contractante.

În drept, autoritatea contractantă invocă prevederile art. 18 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a solicitat ... punctul de vedere cu privire la excepția invocată de autoritatea contractantă prin adresa nr. 28724/20.09.2017, înregistrată la Consiliu cu nr. 39656/21.09.2017,

potrivit căreia contestația a fost introdusă de o persoană care nu are calitatea de reprezentant, precum și, să precizeze identitatea persoanei care a semnat contestația formulată la Consiliu.

Prin adresa nr. 946/05.10.2017, înregistrată la Consiliu cu nr. 42012/05.10.2017, ... a răspuns solicitării Consiliului, precizând următoarele:

„(...) vă solicităm să respingeţi excepţia invocată de autoritatea contractantă întrucât atât contestația înregistrată la Primăria Municipiului ... sub nr. 27761/13.09.2017 cât și cea cu nr. 27937/14.09.2017, ambele au fost formulate și semnate de administratorul legal al societății, dl. ... Precizăm că dintr-o eroare de redactare în adresa înregistrată la CNSC sub nr. 38648/14.08.2017 dosar nr. ..., apare ca administrator ..., însă semnătura nu aparţine acesteia, ci administratorului legal ... Având în vedere că cel care semnează contestația este considerat ca fiind cel care a formulat-o, considerăm că în cauză nu poate fi admisă excepţia lipsei calității reprezentantului ... În cauză este vorba despre o simplă eroare de redactare în ceea ce priveşte numele administratorului societății având în vedere că semnătura și cel care a formulat contestația și-a însușit calitatea de reprezentant legal al societății.

De altfel, apreciem că atâta vreme cât dl. ..., administratorul ..., a formulat prima contestație ce poartă semnătura acestuia, formularea adresei înregistrată cu nr. 27778/14.09.2017 la Primăria Municipiului ... ce poartă aceiaşi semnătură, nu se poate reține că datorită unei erori de redactare în ceea ce priveşte numele administratorului legal, contestația nu a fost formulată și introdusă de reprezentantul legal al societății.

Pentru toate aceste motive vă solicităm să respingeţi excepţia lipsei calității de reprezentant legal invocată de autoritatea contractantă.”

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reţine următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată, într-o singură etapă, online, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „Lucrări de întreținere și reparații străzi, trotuare și alei, amenajări parcări, plombe și covorase asfaltice, covoare asfaltice”, prin publicarea în SEAP a anunţului de participare simplificat nr. .... Valoarea estimată a contractului, fără TVA, este de 3.037.168 RON, criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

Înainte de a trece la cercetarea pe fond a contestației, având în vedere prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să se pronunțe cu întâietate asupra excepției invocate de autoritatea contractantă cu privire la contestația depusă, pe care urmează să o respingă ca neîntemeiate din considerentele prezentate în continuare.

Autoritatea contractantă aduce în atenția Consiliului următoarele aspecte:

- în data de 14.09.2017, ... a transmis adresa nr. 856/14.09.2017 înregistrata la Primaria Municipiului ... cu nr. 6698/14.09.2017, prin care comunică faptul că, începând cu data de 24.08.2017 administratorul societății ... este domnul ...;

- autoritatea contractanta a primit 2 contestatii înregistrate cu acelaşi număr la contestator - nr.847/13.09.2017, una formulata de administrator ... înregistrata la autoritatea contractantă sub nr. 27761/13.09.2017 și una formulată de administrator ... înregistrata la autoritatea contractantă cu nr. 27937/14.09.2017;

- la Consiliu a fost depusă doar contestația formulată de administrator ..., înregistrata la autoritatea contractantă cu nr. 27937/14.09.2017. D-na ... nu mai este administrator al societății din data de 24.08.2017.

Astfel, autoritatea contractantă sugerează Consiliului faptul că, contestația în analiză a fost introdusă de o persoană care nu mai are calitatea de reprezentant.

În replică la cele susținte de autoritatea contractantă, autoarea contestației menționează faptul că, atat conteslatia înregistrată la Primaria Municipiului ... sub nr. 27761/13.09.2017, cât și cea cu nr. 27937/14.09.2017, ambele au lost formulate si semnate de administratorul legal al societătii, domnul ...

În continuare, ofertanta contestatoare precizează că dintr-o eroare de redactare în adresa inregistrată la CNSC sub nr. 38648/14.08.2017, apare ca administrator ..., însă semnătură nu aparţine acesteia, ci a administratorului legal ... Având in vedere ca cel care semneaza contestatia este considerat ca fiind cel care a formulat-o, consideră că în cauză nu poate fi admisă excepţia lipsei calitatii reprezentantului ...

Sunt demne de reținut susținerile autoarei contestației, potrivit cărora *„de altfel apreciem că atâta vreme cât dl. ..., administratorul ... a formulat prima contestație ce poartă semnătura acestuia, formularea adresei înregistrată cu nr. 27778/14.09.2017 la Primăria Municipiului ... ce poartă aceiaşi semnătură, nu se poate reține că datorită unei erori de redactare în ceea ce priveşte numele administratorului legal, contestația nu a fost formulată și introdusă de reprezentantul legal al societății.”*

În raport de cele mai sus reținute, Consiliul constată că în cauză este vorba despre o eroare de redactare în ceea ce priveşte numele administratorului societății, având în vedere că semnătura și cel care a formulat contestația și-a însușit calitatea de reprezentant legal al societății, astfel va respinge excepţia lipsei calității de reprezentant legal invocată de autoritatea contractantă.

Separat de capetele principale de cerere, autoarea contestației a solicitat Consiliului să dispună *suspendarea procedurii* de achiziţie publică până la soluţionarea pe fond a contestaţiei formulate.

Potrivit dispoziţiilor art. 22 și art. 23 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:

Art. 22. – (1) În cazuri bine justificate și pentru prevenirea unei pagube iminente, la cererea persoanei interesate, Consiliul poate să dispună prin încheiere, în termen de 3 zile de la primirea cererii, măsura suspendării procedurii de atribuire sau aplicării oricărei decizii luate de autoritatea contractantă, până la soluționarea contestației.

Art. 23. – (1) Consiliul soluționează cererea de suspendare luând în considerare consecințele acestei măsuri asupra tuturor categoriilor de interese care ar putea fi lezate, inclusiv asupra interesului public.

Analizând contestația, Consiliul reține că solicitarea de suspendare nu cuprinde o justificare temeinică a sa şi nici nu este indicată paguba iminentă care ar trebui prevenită și astfel cele două condiţii legale impuse de legiuitor pentru admiterea unei cereri de suspendare (justificarea temeinică şi necesitatea prevenirii unei pagube iminente) nu sunt îndeplinite de cererea formulată de autoarea contestației. Pe de altă parte, se observă că acţiunea reclamantei este îndreptată împotriva comunicării analizării ofertei, iar conform art. 9 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă are dreptul de a încheia contractul numai după comunicarea deciziei Consiliului privind soluționarea contestației și cu respectarea termenului de așteptare prevăzut pentru încheierea lui. Altfel spus, în situaţia de faţă procedura este suspendată prin dispoziţiile art. 9 alin. (4), în sensul că nu poate fi continuată prin încheierea contractului.

Astfel antamată situaţia factuală şi de drept, Consiliul remarcă lipsa de temeinicie a cererii formulată de asocierea ... - ..., în cadrul procedurii organizată de pentru atribuirea contractului de lucrări în cauză şi, în consecinţă, respinge cererea de suspendare ca nefondată.

Cu ocazia ședinței de vizualizare a ofertelor depuse în SEAP și verificarea garanțiilor de participare a fost întocmit Procesul-verbal nr. 25603/24.08.2017, iar ca urmare a analizării DUAE-urilor depuse de ofertanți în SEAP, a fost întocmit Procesul-verbal de evaluare nr. 26460/01.09.2017, oferta depusă de asocierea ...- ... fiind respinsă.

Nemulţumită de decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale, astfel cum s-a comunicat prin adresa nr. 26461/01.09.2017, ..., în calitate de lider al asocierii asocierea ... - ... a formulat notificare prealabilă, iar după primirea răspunsului autorității contractante, în termen legal (potrivit căruia autoritatea contractantă nu a dispus măsuri de remediere) a înaintat contestaţia de faţă solicitând anularea acestui rezultat și reevaluarea ofertei prezentate.

Trecând la soluţionarea contestaţiei formulate, Consiliul reține că, prin adresa nr. 26461/01.09.2017 s-a comunicat asocierii ofertante că excluderea ofertei a avut la bază prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 și se datorează următoarelor motive:

” (...) ați fost respins pe baza documentului constatator nr. 17086/09.06.2017 eliberat de ... la obiectivul ”Extindere P+1 Grădinița nr. 9 - rest de executat”, în baza art. 166 alin. (8) din H.G. nr. 395/2016 și art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Comisia de evaluare a constatat că ... a eliberat documentul constatator nr. 17086/09.06.2017 pentru ..., care a fost contractant asociat la contractul de lucrări încheiat

pentru obiectivul ”Extindere P+1 Grădinița nr. 9 - rest de executat”, în care se precizează că acel contract nu a fost îndeplinit în mod corespunzător, întrucât nu a respectat termenul de execuție al lucrărilor prevăzut în contractul de execuție lucrări nr. 12597/27.04.2017.”

Analizând criticile formulate de autoarea contestației, Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de nelegalitatea respingerii ofertei depuse. Astfel sunt avute în vedere aspecte legate de faptul că autoritatea contractantă nu a solicitat nicio clarificare în legătură cu documentul constatator în cauză, fiind astfel încălcate dispozițiile legale în domeniu.

Se are în vedere că, sub aspectul motivului de respingere reținut, membrii comisiei de evaluare au constatat că ... a eliberat Documentul constatator nr. 17086/09.06.2017 pentru S.C. ... S.R.L care a fost contractant asociat la contractul de lucrări încheiat la obiectivul *„Extindere P+1 Grădiniţă nr. 9 - rest de executat",* în care se precizează că acel contract nu a fost îndeplinit în mod corespunzător, întrucât nu a respectat termenul de execuţie a lucrărilor prevăzut în contractul de execuţie lucrări nr. ....

Comisia de evaluare *a luat decizia de respingere a asocierii S.C. ... S.R.L - ... pe baza documentului constatator nr. 17086/09.06.2017 eliberat de ... la obiectivul „Extindere P+1 Grădiniţă nr. 9 - rest de executat" în baza art. 166 alin. (8) din H.G. 395/2016 și art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea 98/2016.*

Toate aceste aspecte au fost menționate în cadrul Procesului-verbal de evaluare nr. 26460/01.09.2017.

Analizând conţinutul Documentului constatator nr. 17086/09.06.2017, Consiliul reține că acesta este emis în legătură cu contractul de lucrări incheiat la obiectivul *„Extindere P+1 Grădiniţă nr. 9- rest de executat",* pentru ... a fost contractant asociat al asocierii ... – ...

Totodată, din cuprinsul Documentului constatator nr. 17086/09.06.2017 pentru contractant ..., Consiliul reține că a fost emis de ... pentru neîndeplinirea corespunzătoare a Contractului nr. 12597/27.04.2017 încheiat la obiectivul *„Extindere P+1 Grădiniţă nr. 9- rest de executat",* motivat de nerespectarea termenelor contractuale de executare a lucrărilor prevăzute în cadrul Contractului nr. ....

La pct. f) din Documentul constatator nr. 17086/09.06.2017 s-a precizat rezilierea contractului, la pct. 9 s-au menționat următoarele:

”Prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului (dacă este posibilă cuantificarea valorică a acestora) – nu este posibilă cuantificarea acestora la acest moment.”

Având în vedere existența Documentului constatator nr. 17086/09.06.2017, după cum recunosc și părțile, se consideră aplicabile în cauză următoarele prevederi din Legea nr. 98/2016:

– art. 167 alin. (1) lit. g) potrivit cărora *Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situaţii: ... g) operatorul economic şi-a încălcat în mod grav sau repetat obligaţiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziţii publice, al unui contract de achiziţii sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancţiuni comparabile;*

- art. 169 *Autoritatea contractantă exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire în care ia la cunoştinţă că operatorul economic se află, având în vedere acţiunile sau inacţiunile săvârşite înainte sau în cursul procedurii, în una dintre situaţiile prevăzute la art. 164, 165 şi 167, de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire;*

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

Totodată, în cauză se consideră aplicabile prevederile art. 166 din H.G. nr. 395/2016, potrivit cărora, *(1) Autoritatea contractantă are obligaţia de a emite documente constatatoare care conţin informaţii referitoare la îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea obligaţiilor contractuale de către contractant/contractant asociat şi, dacă este cazul, la eventualele prejudicii, după cum urmează: ... e) pentru contractele de lucrări atribuite printr-o procedură de atribuire: în termen de 14 zile de la data încheierii procesului- verbal de recepţie la terminarea lucrărilor şi, suplimentar, în termen de 14 zile de la data încheierii procesului-verbal de recepţie finală a lucrărilor, întocmit la expirarea perioadei de garanţie a lucrărilor în cauză. (2) În situaţia prevăzută la art. 144 alin. (1), documentul constatator se emite în termen de 14 zile de la data la care ar fi trebuit încheiat contractul de achiziţie public/acordul-cadru, dacă ofertantul nu ar fi refuzat semnarea acestuia, sau de la data de la care a fost reziliat acesta, în cazul în care există contract semnat. (3) Autoritatea contractantă are următoarele obligaţii: a) să elibereze un exemplar al documentului constatator contractantului; b) să păstreze un exemplar la dosarul achiziţiei publice. (4) Documentele constatatoare emise de către entitatea contractantă în conformitate cu prevederile alin. (1) şi (2) pot fi contestate potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările şi completările ulterioare. (5) Documentele constatatoare emise de către entitatea contractantă în conformitate cu prevederile alin. (1) şi (2) se publică în SEAP, după expirarea termenelor de contestare prevăzute de Legea nr. 554/2004, cu modificările şi completările*

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

În condițiile coroborate ale prevederilor reținute, se consideră că emiterea de către ... a Documentului constatator nr. 17086/09.06.2017 pentru îndeplinirea necorespunzătoare a Contractului nr. 12597/27.04.2017, urmată de rezilierea contractului, nu trebuia să conducă automat la excluderea ofertei prezentate de asocierea ... - ..., în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

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

De asemenea, analizând modalitatea în care comisia de evaluare a ajuns la excluderea ofertei depuse de asocierea contestatoare, Consiliul observă că membrii ei nu au întocmit niciun document din care să reiasă aplicablitatea dispoziţiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, respectiv că au analizat dacă potrivit Documentului constatator nr. 2/1260 din 14.01.2016 *„operatorul economic şi-a încălcat în mod grav sau repetat obligaţiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziţii publice, al unui contract de achiziţii sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancţiuni comparabile”.*

Din cele de mai sus, se observă că decizia autorităţii contractante s-a bazat exclusiv pe informaţiile preluate din documentul constatator în discuție, nesolicitându-se ofertantei contestatoare nicio clarificare cu privire la cele constatate. Comisia de evaluare nu a întocmit niciun document din care să rezulte că a verificat îndeplinirea condiţiilor cumulative stipulate de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Analizând prevederile legale antemenționate, rezultă că autoritatea contractantă, pentru a putea exclude un operator economic, trebuie îndeplinite cumulativ, şi nu alternativ, următoarele condiţii:

- operatorul economic **a încălcat în mod grav sau repetat** obligaţiile principale ce-i reveneau în cadrul unui **contract de achiziţii**

publice, al unui contract de achiziţii sectoriale sau al unui contract de concesiune;

- încălcare acestor obligaţii a condus la **încetarea anticipată a respectivului contract**, plata de daune-interese sau alte sancţiuni comparabile**.**

Faţă de cele de mai sus, Consiliul apreciază că, pentru a uza de prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 referitoare la excluderea ofertei societății contestatoare, autoritatea contractantă ar fi trebuit să aibă certitudinea îndeplinirii condiţiilor cumulative mai sus menţionate, or lipsa anumitor informaţii din documentul constatator în discuție trebuia să conducă la verificări suplimentare din partea autorităţii contractante.

Se are în vedere și faptul că asocierea contestatoare, luând la cunoștință de actul de comunicare nr. 26461/01.09.2017, a transmis autorității contractante cu actul nr. 799/04.09.2017 certificatul emis cu privire la contestația documentelor constatatoare nr. 17086/09.06.2017 și respectiv nr. 17087/09.06.2017 din dosarul nr. .... Potrivit Certificatului atașat, Tribunalul Dâmboviţa - secţia a II-a Civila, de Contencios Administrativ şi Fiscal certifică că pe rolul acestei instanţe se află în curs de soluţionare dosarul nr. ..., înregistrat la data de 18.08.2017, privind pe reclamantele ... - lider asociere şi ..., în contradictoriu cu pârâta Unitatea Administrativ Teritorială - ..., având ca obiect suspendarea executării actului administrativ - anularea actului.

Cauza se află în perioada de verificare şi regularizare prevăzută de art. 200 Noul Cod de procedură civilă, nefiind fixat primul termen de judecată.

Ulterior, autoarea contestației a formulat Notificarea prealabilă nr. 808/06.09.2017 prin care printre altele a adus la cunoștința autorității contractante faptul că a contestat în instanță acest document constatator solicitând atât suspendarea executării acestuia, cât și anularea acestui document, în dosarul nr. ..., aflat pe rolul ....

A atașat copie după certificatul de grefă și de pe acțiunea în anularea și suspendarea documentului constatator.

Măsura excluderii ca urmare a incidenţei art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 poate fi luată de autoritatea contractantă pe baza unor dovezi clare, certe, din care să rezulte fără dubiu că sunt îndeplinite condiţiile cumulative prevăzute de dispoziţiile legale, ceea ce înseamnă că, anterior respingerii ofertei, autoritatea contractantă trebuia să clarifice cu ofertanta contestatoare aspectele constatate ca urmare a consultării Documentului constatator nr. Documentului constatator nr. 17086/09.06.2017, pentru a obţine informaţii şi documente din care să rezulte, cu certitudine, îndeplinirea condiţiilor prevăzute de dispoziţiile legale citate, în lipsa acestora oferta fiind în mod eronat respinsă.

Întrucât din analiza documentului constatator în discuţie, se constată că în cadrul acestuia, beneficiarul nu a menţionat faţă de îndeplinirea obligaţiilor în mod necorespunzător (în cadrul Contractului nr.

12597/27.04.2017) că „operatorul economic şi-**a încălcat în mod grav sau repetat** obligaţiile principale ce-i reveneau în cadrul unui **contract de achiziţii publice**” şi având în vedere că nu este atribuţia Consiliului de a efectua astfel de verificări, consideră că în speţă se impune ca autoritatea contractantă să facă verificări în acest sens şi să solicite ofertantei să precizeze, în mod expres, argumentat, dacă prin modul în care s-a derulat contractul de lucrări, ofertanta contestatoare **a încălcat în mod grav sau repetat** obligațiile contractuale ce-i reveneau, iar aceasta a condus la **încetarea anticipată a respectivului contract**.

De asemenea, se impune ca autoritatea contractantă să facă aplicarea dispozțiilor art. 171 din Legea nr. 98/2016, respectiv sa solicite ofertantei contestatoare să furnizeze dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente penrtru a-și demonstra credibilitatea prin raportare la măsurile de excludere.

În speţă, autoritatea contractantă nu a prezentat nicio dovadă privind demersurile făcute cu privire la modul de derulare a contractului nr. 12597/27.04.2017, a culpei ofertantei şi a **încălcării în mod grav sau repetat** a obligațiilor contractuale ce-i reveneau, cu consecința **încetării anticipate a respectivului contract**.

În consecinţă, luând în considerare aspectele de fapt şi de drept mai sus menţionate, Consiliul apreciază că în speţă, se impune ca autoritatea contractantă, să solicite, în temeiul dispoziţiilor art. 209 din Legea nr. 98/2016, coroborate cu prevederile art. 134 din H.G. nr. 395/2016, contestatoarei clarificări în legătură cu documentul constatator în discuție, furnizarea de informaţii și dovezi privind încălcarea gravă sau repetată de către ofertanta contestatoare a obligațiilor contractuale raportat la contractul 12597/27.04.2017, inclusiv în privința încetării anticipate a contractului de lucrări amintit sau aplicării altor sancțiuni.

În acest context, Consiliul reţine că la dosarul cauzei nu există niciun document/nu este invocat niciun argument care să susţină condiţiile prevăzute de legiuitor referitoare la **încălcarea în mod grav sau repetat** a obligațiilor contractuale, cu consecința **încetării anticipate a contractului** nr. 12597/27.04.2017, contrar susținerilor din cadrul Procesului-verbal de evaluare nr. 26460/01.09.2017, potrivit cărora comisia de evaluare a făcut aplicarea dispozițiilor art. 166 alin.(8) din H.G. nr. 395/2016.

Având în vedere cele mai sus menţionate, Consiliul reţine că prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) nu trebuie utilizate ca un instrument de excludere a oricărui operator economic care a greşit la un moment în contextul îndeplinirii unui contract, cu atât mai mult cu cât este posibil să existe o culpă comună a autorităţii contractante şi executantului. Astfel, aprecierea lăsată la latitudinea autorităţii contractante nu trebuie interpretată ca fiind echivalentă cu un drept ce poate fi exercitat în orice condiţii, sau că existenţa documentului constatator, conduce, de drept, la respingerea ofertantului. Deşi dispoziţiile art. 166 din H.G. nr. 395/2016 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 însuşi legiuitorul obligă autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, să verifice dacă cele cuprinse în conţinutul său respectă condiţiile prevăzute în lege [(8) *Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligaţia de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condiţiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege*].

Autoritatea contractantă nu putea ignora nici susținerile autoarei contestației, potrivit cărora:

”Va precizam ca am contestat in instanţa acest document constatator solicitând atat suspendarea executării acestuia cat si anularea acestui document, in dosarul nr. ... aflat pe rolul Tribunalului ....

Va rugam sa luaţi act ca potrivit art. 166 alin.5 din HG nr.395/2016 "(5) Documentele constatatoare emise de către entitatea contractantă în conformitate cu prevederile alin. (1) şi (2) se publică în SEAP, după expirarea termenelor de contestare prevăzute de Legea nr. 554/2004, cu modificările şi completările ulterioare." Ori, potrivit acestei prevederi legale, avand in vedere ca respectivul document a fost contestat in termen legal, afiandu-se pe rolul instanţei de judecata o cauza privitoare la acesta, respectivul document nu s- a publicat in SEAP ceea ce atrage după sine neluarea acestuia in considerare pana la soluţionarea cauzei de către instanţa.

De asemenea contestam respingerea ofertei noastre pe baza acestui document constatator, avand in vedere ca legea nr. 98/2016 nu prevede o asemenea soluţie. In situaţia unui document constatator necontestat, legea prevede o procedura de excludere si in nici un caz o procedura de respingere a ofertei.

Asa cum se poate observa respectivul text de lege cere in mod imperativ ca excluderea sa fie facuta doar pentru incalcarile unui contract de achiziţie publica care au dus la ".. încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancţiuni comparabile". Or in cauza de fata asa cum am dovedit prin cererea depusa la instanta dar si prin contractul de achiziţie publica respectiv, acesta a incetat prin ajungerea la termen, notificarea de reziliere a autoritatii contractante facuta dupa incetarea prin ajungerea la termen neputand avea nici un efect juridic si mai ales neputand fi interpretata ca o "incetare anticipata". De asemenea autoritatea contractanta nu a făcut dovada plaţii unor daune -interese sau alte sancţiuni comparabile, motiv pentru care apreciem ca in mod nelegal si greşit a fost respinsa oferta noastra.”

Potrivit art. 1556 alin. (1) din Codul civil *”Atunci când obligațiile născute dintr-un contract sinalagmatic sunt exigibile, iar una dintre părți nu execută sau nu oferă executarea obligației, cealaltă parte poate, într-o măsură corespunzătoare, să refuze executarea propriei obligații, afară de cazul în care din lege, din voința părților sau din uzanțe rezultă că cealaltă parte este obligată să execute mai întâi*”.

Excepția de *non adimpleti contractus* reprezintă un mijloc de apărare aflat la dispoziția uneia dintre părțile contractului sinalagmatic pe care îl exercită în cazul în care i se pretinde executarea obligației ce-i incumbă, fără ca partea care pretinde această executare, să-și execute propriile obligații.

Nefiind demonstrată de către achizitoare îndeplinirea condițiilor la care face referire art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, 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.

În consecinţă, luând în considerare aspectele de fapt şi de drept mai sus menţionate, Consiliul apreciază că în speţă, se impune ca autoritatea contractantă, să solicite, în temeiul dispoziţiilor art. 209 din Legea nr. 98/2016, coroborate cu prevederile art. 134 din H.G. nr. 395/2016, contestatoarei clarificări în legătură cu documentul constatator în discuție.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite în parte contestația formulată de ... în contradictoriu cu ....

Anulează Procesul-verbal de evaluare (etapa DUAE) nr. 26460/01.09.2017, în partea care privește oferta asocierii ... - ..., precum și adresele de comunicare a rezultatului procedurii transmise acestei ofertante. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei contestatoarei și la stabilirea rezultatului procedurii în privința analizei DUAE – urilor, în termen de 15 zile de la data primirii prezentei. Respinge capătul de cerere privind suspendarea procedurii de atribuire.

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

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

PREŞEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
...	**...**	**...**