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. 311/02.05.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 17432/02.05.2018, formulată de asocierea ..., având lider de asociere ..., cu sediul social în ..., având CUI RO... și număr de ordine la Oficiul Registrului Comerțului ..., reprezentată legal de ... - administrator, prin reprezentant împuternicit ..., în legătură cu procedura de licitație deschisă, organizată de ..., cu sediul în Alba Iulia str. Vasile Goldiș nr. 3, județul Alba, în calitate de entitate contractantă, în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „.... Extindere și reabilitare rețele de apă și apă uzată în aglomerarea ... și extindere rețele de apă și apă uzată în aglomerarea ...”, s-a solicitat Consiliului anularea adresei nr. 2273/19.04.2016 și a actelor subsecvente acesteia și reevaluarea ofertei asocierii ....

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 de față, prin care asocierea ... critică nelegalitatea și netemeinicia eliminării sale din competiție, care încalcă prevederile art. 161 alin. (8) din HG nr. 394/2016.

Contestatoarea arată că, în calitate de ofertant la procedura în cauză, a primit din partea entității contractante, adresa nr. 1951/04.04.2018, prin care i s-a solicitat să clarifice aspectul legat de documentul constatator negativ nr. 181585/24.06.2016, emis de ... ..., aferent contractului de lucrări nr. 156529/05.06.2015, la care

a răspuns, prin adresa nr. 242/12.04.2018, transmițând un număr de 8 documente care dovedesc că liderului asocierii nu i se poate atribui vina exclusivă pentru situația creată de ... ..., care nu i-a permis accesul în subsolul obiectivului pe care, în astfel de situație, l-a putut finaliza decât în proporție de 69%. Obiectul litigiului aflat pe rol la Tribunalul ..., în dosarul nr. ..., este anularea Sentinței nr. ... și a documentului constatator negativ nr. 181585/24.06.2017, emis de ... ..., deoarece rezilierea contractului nr. 156529/05.06.2015 nu s-a făcut din vina exclusivă a subscrisei ..., încălcând-se prevederile art. 11.1 din pag. a 5-a a contractului nr. 181585/24.06.2017. Ca urmare a faptului că Tribunalul ... a comunicat Sentința nr. ... afectată de un viciu de procedură, în data de ..., s-a formulat recurs, solicitându-se constatarea nelegalității Sentinței nr. ..., pronunțată în dosarul nr. ..., și anularea documentul constatator negativ nr. 181585/24.06.2016.

Astfel, adaugă petenta, deși, alături de alte 7 documente, s-a făcut, inclusiv, dovada depunerii la Tribunalul ... a recursului, pe care instanța încă nu l-a judecat, invocând prevederile art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016 și ale art. 180 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă a declarat oferta inacceptabilă.

În opinia contestatoarei, înainte de a lua decizia de a o exclude din procedură, comisia de evaluare a ofertelor avea obligația de a ține cont și de jurisprudența europeană, cum ar fi Hotărârea CJUE/13.12.2012, în cauza C-465/11, în procedura Forposta SA, ABC Direct Contact sp. zoo împotriva Poczta Polska SA, fiind relevante paragrafele nr. 30 și nr. 31. Or, simpla existență a unui document constatator negativ nu conduce *ope legis* la excluderea ofertantului din procedură, ci obligă entitatea contractantă la efectuarea unor verificări prealabile referitoare la: cuantificarea în mod oficial a presupusului prejudiciu, circumstanțele producerii lui, evaluarea gradului de vinovăție a executantului, etc., așa cum rezultă din practica judiciară română și europeană.

Asocierea contestatoare consideră că entitatea contractantă ar fi fost îndreptățită să o excludă din competiție, în baza prevederilor art. 180 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, dacă ar fi fost îndeplinite cumulativ condițiile impuse prin respectivul articol, adică încălcarea în mod grav și repetat a obligațiilor principale din cadrul unui contract de achiziții publice care să fi condus la încetarea anticipată a respectivului contract, la plata de daune interese sau alte sancțiuni comparabile din vina exclusivă a executantului.

În acest sens, petenta supune atenției faptul că:

- nu a încălcat nici în mod grav și nici repetat obligațiile contractuale, contractul încheiat cu ... ... a încetat la termenul stabilit și nu anticipat;

- în documentul constatator negativ nr. 181585/24.06.2016, la punctul nr. 8, ... nu a precizat o valoare a prejudiciului, ci a menționat o sumă (388.051,77 lei) care reprezintă "lucrări neexecutate", și a făcut referire la "dobânzi penalizatoare pentru întârzierea în realizarea lucrărilor", fără să precizeze valoarea lor. Atât timp cât suma de 388.051,77 lei se află în contul MA.I. ..., nu poate reprezenta vreun prejudiciu suportat de respectiva instituție. ... mult, orice prejudiciu se recuperează în instanța de judecata ori, ... nu a întreprins niciun demers în acest sens.

Contestatoarea apreciază că entitatea contractantă a refuzat să țină cont de abuzul comis de comisia de evaluare din cadrul ... ..., care și-a depășit atribuțiile cu care a fost investită, neavând dreptul să aprecieze un posibil prejudiciu pe care l-ar fi suferit respectiva instituție în calitate de emitentă a documentului constatator negativ, deoarece membrii comisiei de evaluare nu-și pot aroga atribuții specifice instanțelor de judecată, prin care să stabilească nivelul daunei sau să califice rezultatul execuției unei lucrări ca fiind sau ca nefiind pagubă.

Astfel, înainte de a o exclude din procedură, entitatea contractantă ar fi trebuit să aibă în vedere inclusiv prevederile art. 184 alin. (1) și (3) din Legea nr. 99/2016, deoarece, la data depunerii ofertei pentru prezenta procedură, așa zisul prejudiciu fiind deja acoperit de garanția de bună execuție, constituită la ... SA, acțiunea de executare a garanției de bună execuție constituind, de fapt, elemente ale excesului de putere în raporturile juridice, din perspectiva aplicării prevederilor art. 2 alin. (1) lit. n) din Legea nr. 554/2004.

Toate cele expuse ... sus justifică, în opinia petentei, faptul că DUAE depus inițial a fost completat corect, nefiind nevoie de transmiterea unui DUAE revizuit care, conform prevederilor art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016, ar fi avut ca rezultat eliminarea sa din competiție. La întrebarea adresată de entitatea contractantă: *„ați luat măsuri pentru a demonstra fiabilitatea dumneavoastră (autocorectare)”*, contestatoarea a bifat căsuța corespunzătoare răspunsului "NU", deoarece, din moment ce încă există pe rolul Tribunalului ... recursul, prin care s-a solicitat constatarea nelegalității Sentinței nr. ..., pronunțată în dosarul nr. ..., și anularea documentului constatator negativ nr. 181585/24.06.2016, situația relațiilor dintre SC ... SRL și ... ... nu s-a schimbat cu nimic, aceasta ne...putând interveni în respectivul contract, deși, așa zisul prejudiciu a fost acoperit de garanția de bună execuție.

În plus, pentru prevenirea unor situații similare incidentului cu ... ..., SC ... SRL menționează că a revizuit procedurile operaționale interne, rezultatul fiind acela că, ulterior emiterii certificatului constatator negativ nr. 181585/24.06.2016 de către ... ..., a beneficiat de 2 documente constatatoare pozitive emise de ...

S.A. și de ... (în prezent beneficiază de un număr de 7 asemenea documente constatatoare pozitive, obținute după data de 24.06.2016, când a fost publicat în SEAP respectivul document constatator negativ), care dovedesc credibilitatea sa de a executa și de a finaliza, la termenul stabilit și în condițiile respectării tuturor condițiilor impuse în documentația de atribuire, lucrările aferente contractului de achiziție publică.

Față de cele prezentate, luând în considerare faptul că entitatea contractantă trebuie să verifice credibilitatea contestatoarei, nu nu... prin prisma documentului constatator negativ, ci și prin prisma documentelor constatatoare pozitive, postate și ele tot în SEAP, precum și a prevederilor art. 184 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, asocierea ... consideră organizatoarea procedurii a dat dovada de exces de zel, atunci când a eliminat-o din competiție.

De asemenea, contestatoarea prezumă că entitatea contractantă nu a fost în temă nici cu prevederile art. 57 alin. (6), paragraful 3 din Directiva 2014/24/UE, deoarece nu a primit o expunere de motive, ci o motivare lapidară, cum că *„liderul asocierii S.C. ... S.R.L se încadrează în motivele de excludere prevăzute la art. 180, alin. (1), Ut. g) din Legea nr. 99/2016”.*

În drept, se invocă Legea nr. 99/2016, Legea nr. 101/2016 și HG nr. 394/2016.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente.

Prin adresa nr. 2696/07.05.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 18197/07.05.2018, entitatea contractantă transmite punct de vedere, solicitând respingerea acesteia, pentru următoarele motive:

... arată că, având în vedere cerința nr. 1 de la cap. III.2) Condiții de participare, subcap. III. 2.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului din fișa de date a achiziției, și faptul că, în cadrul DUAE depus inițial pentru liderul asocierii ..., legat de Partea III - Motive de excludere, secțiunea C: Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, și anume informațiile referitoare la *„încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile: Operatorul economic s-a aflat într-o situație în care un contract de achiziții publice anterior, un contract anterior încheiat cu o entitate contractantă sau un contract de concesiune anterior a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni comparabile în legătură cu respectivul contract anterior?”*, acesta a marcat răspunsul „Da", la descriere fiind menționat: *„Instanța: CURTEA DE APEL ... Dosar nr. ... Calitatea: Reclamant în proces cu ... ... și ... SA în calitate de pârâți”*, iar la întrebarea *„Ați luat măsuri pentru a demonstra fiabilitatea dumneavoastră (autocorectare)?”*, liderul asocierii, ..., a marcat răspunsul "NU", comisia de evaluare a decis sa solicite clarificări ofertantului contestator.

În cadrul adresei nr. 1951/04.04.2018, comisia de evaluare a solicitat liderului asocierii, ..., o descriere ... amănunțită a circumstanțelor care au condus la litigiul aflat pe rol la Curtea de Apel Alba Iulia - dosar nr. ... și dacă acesta este rezultatul unei rezilieri anticipate a unui contract de achiziții anterior sau au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni comparabile pentru operatorul economic în legătură cu respectivul contract anterior s-a solicitat sa se precizeze data la care a avut loc evenimentul sau fapta relevantă și să se clarifice răspunsul "NU", dat în DUAE depus inițial, la întrebarea *„Ați luat măsuri pentru a demonstra fiabilitatea dumneavoastră (autocorectare)?”*. În același timp având în vedere constatarea existenței, pe site-ul SEAP, a documentului constatator nr. 181585/24.06.2016, emis de către Centrul de Formare Inițiala și Continuă al ... ..., în care se precizează îndeplinirea necorespunzătoare a contractului de lucrări nr. 156529/05.06.2015, motivația pentru aceasta și prejudiciile aduse, de către ..., s-a solicitat să se prezinte orice document care suspendă/anulează acest document.

Ofertantul a răspuns, prin adresa nr. 242/12.04.2018, postat în SEAP la data de 12.04.2018, fără a depune un DUAE revizuit, astfel că informațiile din cadrul DUAE depus inițial rămân valabile (fapt pe care însăși contestatoarea îl recunoaște în cuprinsul contestației), și fără a răspunde în concret la cele solicitate de către comisia de evaluare, anexând o serie de documente, care nu reprezintă dovezi concrete din care să rezulte contestarea pe fond a documentului constatator nr. 181585/24.06.2016 sau suspendarea/anularea documentului constatator și nicio hotărâre pronunțată de către instanța de judecata, care să vizeze suspendarea aplicării acestui document.

În aceste condiții, respectivul document constatator nr. 181585/24.06.2016, emis de către Centrul de Formare Inițială și Continua al ... ..., este un act administrativ unilateral, emis de autoritatea contractantă, beneficiază de prezumția de legalitate, autenticitate și veridicitate, de care se bucură orice act administrativ până la anularea sa de către instanță, efectele lui neputând fi înlăturate la acest moment, care reprezintă acte administrative privind o situație de fapt și oferă informații cu privire la capacitatea unui ofertant de a-si îndeplini în mod corespunzător obligațiile contractuale.

De asemenea, din răspunsul la solicitarea de clarificări, reiese ca răspunsul "Nu" din DUAE inițial, referitor la întrebarea *„Ați luat măsuri pentru a demonstra fiabilitatea dumneavoastră (autocorectare)?”* este corect *„întrucât nu am considerat necesar să luăm măsurile de autocorecție ...”*.

În același timp, de la data apariției situației, săvârșirea faptei sau producerii evenimentului menționat în cadrul documentului

constatator nr. 181585/24.06.2016, nu a expirat o perioadă de trei ani, astfel că prevederile art. 184 alin (5) lit. b) din Legea nr. 99/2016 nu sunt aplicabile.

Având în vedere cele prezentate, comisia de evaluare a constatat că liderul asocierii, ..., se încadrează în motivele de excludere prevăzute la art. 180 alin. (1) lit. g) și alin (6) din Legea nr. 99/2016, nefiind îndeplinită cerința nr. 1 de la cap. III.2) Condiții de participare, subcap. III. 2.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului din fișa de date a achiziției, motiv pentru care oferta asocierii ... a fost respinsă, fiind considerata inacceptabilă, conform art. 143 alin (2) lit. b) din HG nr. 394/2016.

Entitatea contractantă precizează că a avut în vedere informațiile și mențiunile pe care asocierea ... le-a transmis prin intermediul ofertei depuse și a răspunsului nr. 242/12.04.2018 la solicitarea de clarificări, documentele transmise odată cu notificarea prealabilă nefiind dovezi în susținerea documentelor depuse.

Totodată, entitatea contractantă menționează că, contrar opiniei formulate în cadrul contestației, în cadrul adresei nr. 2273/19.04.2018, a făcut o expunere a motivelor respingerii ofertei asocierii ....

... subliniază că, nici prin răspunsul nr. 242/12.04.2018 și nici prin notificarea prealabilă nr. 276/24.04.2018, contestatoarea nu recunoaște că în cadrul contractului încheiat cu ... ... nr. 156529/05.06.2015 nu și-a respectat obligațiile stipulate în cadrul acestuia, nefinalizând lucrările prevăzute în contract până la data scadentă, la punctul 7 al documentului constatator menționându-se și nefinalizarea lucrărilor, ... având și alte probleme și nereguli în cadrul derulării contractului de lucrări în cauză.

Totodată, referitor la afirmația contestatoarei precum că *„la data depunerii ofertei pentru prezenta procedura, așa zisul prejudiciu fusese deja acoperit de garanția de buna execuție...”,* entitatea contractantă consideră că aceasta nu reprezintă o măsură de remediere a situației de fapt, ci dimpotrivă, este dovada că a existat o culpă a acesteia în cadrul derulării respectivului contract.

În susținere, entitatea contractantă solicită să se aibă în vedere decizia CNSC nr. ..., pronunțată în legătură cu o speță similară, contestatoare fiind ..., în contradictoriu cu Comuna Vințu de Jos, și decizia nr. ... pronunțată de Curtea de Apel Alba ..., în legătură cu plângerea contestatoarei ... împotriva deciziei pronunțate de CNSC.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente aflate la dosarul achiziției publice.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

... a inițiat o procedură de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca „.... Extindere și reabilitare rețele de apă și apă uzată în aglomerarea ... și extindere rețele de apă și apă uzată în aglomerarea ...”, prin publicarea, în SEAP a anunțului de participare sectorial nr. .... Valoarea estimată a contractului de lucrări ce urmează a fi atribuit fiind de 29.245.977,00 lei, fără TVA și criteriul de atribuire „cel ... bun raport calitate-preț”.

Decizia privind rezultatul procedurii de atribuire i-a fost comunicată asocierii ... prin adresa nr. 2273 din 19.04.2018, în care se arată că, în urma finalizării fazei de verificare a DUAE, oferta asocierii a fost respinsă, ca inacceptabilă, conform art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016, respectiv *„a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește una sau ... multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu cerințele stabilite de entitatea contractantă”*, liderul asocierii ... încadrându-se în motivele de excludere prevăzute la art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016. în adresa, entitatea contractanta expune pe larg motivele avute în vedere în luarea acestei decizii.

Împotriva acestei decizii a entității contractante, asocierea ... a înaintat Consiliului contestația de față (îndeplinind procedura notificării prealabile, stabilită la art. 6 din Legea nr. 101/2016), solicitând anularea adresei nr. 2273/19.04.2016 și a actelor subsecvente acesteia și reevaluarea ofertei asocierii ....

Verificând legalitatea deciziei entității contractante de a exclude din procedură oferta asocierii contestatoare, Consiliul reține că, prin fișa de date a achiziției, punctul III.2.1.a) „Situația personală a candidatului sau ofertantului”, s-au impus următoarele condiții:

„Cerinta nr. 1

Ofertantii, asociatii, tertii sustinatori și subcontractantii NU trebuie sa se regaseasca în situatiile prevazute la art. 177, 178, și 180 din Legea nr. 99/2016.

Modalitatea prin care se poate demonstra indeplinirea cerintei: Se va completa DUAE de catre toti operatorii participanti la procedura, cu informatiile aferente situatiei lor. Documentele justificative actualizate, care probeaza indeplinirea celor asumate prin completarea DUAE, urmeaza a fi prezentate, la solicitarea entitatii contractante, doar de ofertantul clasat pe primul loc dupa aplicarea criteriului de atribuire asupra ofertelor admisibile.

[...]

Documentele justificative care probeaza indeplinirea celor asumate prin completarea DUAE și care urmeaza a fi prezentate, la solicitarea entitatii contractante, doar de catre ofertantul clasat pe primul loc dupa aplicarea criteriului de atribuire asupra ofertelor, sunt:

a. cazierul judiciar al operatorului economic și al membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic, sau a celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia, asa cum rezulta din certificatul constatator emis de ONRC /actul constitutiv;

b. certificate constatatoare privind lipsa datoriilor restante cu privire la plata impozitelor, taxelor sau a contributiilor la bugetul general consolidat (buget local, buget de stat etc.) la momentul prezentarii acestora;

c. dupa caz, documente prin care se demonstreaza faptul ca operatorul economic poate beneficia de derogarile prevazute la art. 178 alin. (3), art. 179 alin (2) și art. 184 din Legea nr. 99/2016 privind achizitiile sectoriale.

d. alte documente edificatoare, dupa caz.

[...]

Precizari:

1. Orice operator economic aflat în oricare dintre situatiile prevazute la art. 177, 178 și 180 din Legea 99/2016, care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care sa arate ca masurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-si demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere în conformitate cu prevederile art 184 din legea 99/2016.

[...]

12. Entitatea Contractanta va exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire în care ia la cunostinta ca operatorul economic se afla, având în vedere actiunile sau inactiunile savârsite inainte sau în cursul procedurii, în una dintre situatiile prevazute la art. 177,178,180, de natura sa atraga excluderea din procedura de atribuire."

În DUAE prezentat de ... în această procedura de atribuire, în partea III *„Motive de excludere"*, punct C *„Motive legate de insolvenţă*, *conflicte de interese sau abateri profesionale"*, subpunct *„Încetare anticipată, daune interese sau alte sancţiuni comparabile"*, la întrebarea *„Operatorul economic s-a aflat într-o situaţie în care un contract de achiziţii 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 sancţiuni comparabile în legătură cu respectivul contract anterior",* acest membru al asocierii contestatoare a bifat *„Da",* iar în secțiunea imediat următoare *„Va rugam sa le descrieti"* a precizat *«Instanta: Curtea de Apel ... Dosar ... Calitatea: Reclamant în proces cu ... ... și ... SA* în *calitate de parati.*

Ati luat masuri pentru a demonstra fiabilitatea dumneavoastra („autocorectare") – Nu.»

Entitatea contractantă a identificat în SEAP, pentru operatorul economic ..., documentul constatator nr. 181585 din 24.06.2016, emis de către ... al ... ..., în care se precizează îndeplinirea

necorespunzătoare a contractului de lucrări nr. 156529 din 05.06.2015.

Verificând acest act depus la dosarul cauzei, Consiliul reține că:

- ... a încheiat cu ... ... - ... contractul nr. 156529 din 05.06.2015 și actul adițional nr. 1 din 31.12.2015, obiectul contractului fiind "Modernizare pavilion cazare fete la ... al ... ...";

- la punctul 7 din documentul constatator este menționat: *„7. Contractul a fost îndeplinit în mod corespunzător – NU”* cu următoarea motivație:

„a) nerespectarea termenelor contractuale de executare a lucrărilor din culpa executantului, pana la data prevăzută în contract și actul adițional la contract; procentul valoric de realizare a lucrărilor la încetarea contractului fiind de 69% (stadiu/fizic și financiar);

b) întocmirea cu întârziere a unor documente necesare derulării corespunzătoare a contractului;

d) nerespectarea graficului de execuție a lucrărilor,

e) ignorarea solicitărilor autorității contractante de a asigura prezenta pe șantier a personalului responsabil: șef șantier (a fost schimbat de 3 ori și a avut prezente sporadice), responsabil tehnic cu execuția, responsabil cu respectarea normelor de securitate și sănătate a muncii, responsabil cu controlul calității (nu au fost prezenți niciodată pe șantier).

f) schimbarea șefului de șantier și a responsabilului tehnic cu execuția, declarați inițial în documentele de calificare”;

- la punctul 8 din document se mentioneaza: *„8. Prejudicii aduse sau ce ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului (dacă este posibil cuantificarea valorica a acestora):*

- 388051,77 lei, reprezentând lucrări neefectuate;

- dobânzi penalizatoare pentru întârzierea în realizarea lucrărilor”.

Prin adresa nr. 1951 din 04.04.2018, entitatea contractantă a solicitat asocierii ... următoarele:

«1. Pentru liderul de asociere ..., având în vedere răspunsul „Da", din cadrul DUAE, referitor la „încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile

Operatorul economic s-a aflat într-o situație în care un contract de achiziții publice anterior, un contract anterior încheiat cu o entitate contractantă sau un contract de concesiune anterioară fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni comparabile în legătură cu respectivul contract anterior?",

să se clarifice care este obiectul litigiului aflat pe rol la CURTEA DE APEL ... - Dosar nr. ..., ... precis să se facă o descriere ... amănunțită a circumstanțelor care au condus la acest litigiu și dacă acesta este rezultatul unei rezilieri anticipate a unui contract de achiziții anterior, sau

au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni comparabile pentru operatorul economic în legătură cu respectivul contract anterior. De asemenea, să se precizeze data la care a avut loc evenimentul sau fapta relevantă și să se clarifice răspunsul „NU", dat în DUAE depus inițial, la întrebarea „Ați luat masuri pentru a demonstra fiabilitatea dumneavoastră (autocorectare)?".

Analizând site-ul SEAP, www.e-licitatie.ro. în ce privește operatorul economic ..., comisia de evaluare a constatat existența Documentului constatator nr. 181585/24.06.2016, emis de către Centrul de Formare Inițială și Continuă al ... ..., în care se precizează îndeplinirea necorespunzătoare a contractului de lucrări nr. 156529/05.06.2015, motivația pentru aceasta și prejudiciile aduse. Având în vedere acest aspect, se solicită să se prezinte orice document care suspendă/anulează Documentul constatator nr. 181585/24.06.2016. Se va avea în vedere revizuirea corespunzătoare a DUAE.»

... a răspuns acestei solicitări prin adresa nr. 242 din 12.04.2018, astfel:

«1. Având în vedere prevederile art. 184, alin. (1) și alin. (2) din Legea nr. 99/2016 ["(1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 177, 178 și 180 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

(2) în cazul în care autoritatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire"], anexam prezentului răspuns documente din care rezulta fără drept de tăgada ca ... ..., în calitate de autoritate contractanta avea dreptul sa emită certificatul constatator negativ nu... în cazul în care vina ar fi aparținut în exclusivitate executantului (pag. nr. 5 din contractul de lucrări nr. 156529/05.06.2015), ori subscrisa S.C. ... S.R.L. a depus la Tribunalul ... dovada (adresa nr. 549/ 26.04.2016) ca ... ... nu ne-a permis accesul în subsolul obiectivului pe care astfel, este logic ca nu l-am putut finaliza.

Oricum, art. 161, alin. (5) din H.G. nr. 394/2016 condiționează publicarea documentului constatator de expirarea termenelor de contestare prevăzute în legea contenciosului administrativ ["Documentele constatatoare (...) se publică în SEAP, după expirarea termenelor de contestare prevăzute în Legea nr. 554/2004"]

Vă rugam să constatați că după ce am primit adresa nr. 181467/08.06.2016 prin care ... ... ne-a comunicat că: "Vă informam că vom transmite la S.E.A.P. notificare - Document constatator negativ", conform prevederilor art. 7, alin. (1) din Legea nr. 554/2004 ["înainte de a se adresa instanței de contencios administrativ competente, persoana care se consideră vătămată într-un drept al sau într-un interes legitim, printr-un act administrativ unilateral, trebuie să solicite autorității publice emitente, în termen de 30 de zile de la data comunicării actului, revocarea, în tot sau în parte, a acestuia"] i-am transmis ... ... o plângere prealabilă (adresa nr. 633/10.06.2016) în care am precizat că: "înainte

de a transmite în S.E.A.P. un eventual document constatator negativ, avem rugămintea de a ne convoca la sediul unității dumneavoastră", acțiune care ne situează sub incidența prevederilor art. 8, alin. (1) din Legea nr. 554/2004 ["Persoana vătămată într-un drept recunoscut de lege sau într-un interes legitim, printr-un act administrativ unilateral, nemulțumită de răspunsul primit la plângerea prealabilă adresată autorității publice emitente sau dacă nu a primit nici un răspuns în termenul prevăzut la art. 7 alin. (4), lit. g), poate sesiza instanța de contencios administrativ competentă, pentru a solicita anularea, în tot sau în parte, a actului, repararea pagubei cauzate și, eventual, reparații pentru daune morale (...)"].

Pe cale de consecință, fiind depusă adresa nr. 633/10.06.2016 prin care ne-am opus emiterii abuzive a documentului constatator de către ... ..., înainte de publicarea acestuia în S.E.A.P., devine aplicabil termenul de contestare de 6 luni prevăzut în art. 11, alin. (1) din Legea nr. 554/2004 ["Cererile prin care se solicită anularea unui act administrativ individual, a unui contract administrativ, recunoașterea dreptului pretins și repararea pagubei cauzate se pot introduce în termen de 6 luni (.../] de la data comunicării deciziei ... ... cu privire la soluționarea/refuzul soluționării plângerii prealabile sau de la data expirării termenului legal de soluționare a cererii, după caz.

... mult, deoarece plângerea nu s-a soluționat favorabil și subscrisa avea motive (a se vedea adresa nr. 549/26.04.2016) să sesizeze instanța de contencios administrativ competentă, pentru anularea documentului constatator, acesta trebuia publicat în S.E.A.P. după 6 (șase) luni de zile de la data la care ne-a fost comunicat și nicidecum la nu... o jumătate de lună! așa cum a procedat ilegal ... .

Rugăm comisia de evaluare să țină cont de jurisprudența europeană, cum ar fi Hotărârea CJUE/13.12.2012, în cauza C - 465/11. în procedura Forposta S.A., A.B.C. Direct Contact sp. z o.o. împotriva Poczta Polska S.A., fiind relevante paragrafele nr." 30. Noțiunea „abatere gravă" trebuie să fie înțeleasă ca referindu-se în mod normal la un comportament al operatorului economic în cauză care denotă o intenție culpabilă sau o neglijență de o anumită gravitate din partea sa. Astfel, orice executare incorectă, imprecisă sau defectuoasă a unui contract sau a unei părți din acest contract poate demonstra eventual o competență profesională limitată a operatorului economic în cauză, dar nu echivalează în mod automat cu o abatere gravă" și nr. "31. Constatarea existenței unei „abateri grave" necesită, în principiu, efectuarea unei aprecieri concrete și individualizate a atitudinii operatorului economic în cauză." De asemenea, menționăm că răspunsul nostru "NU" din DUAE inițial este corect întrucât nu am considerat necesar să luăm măsurile de autocorecție, atâta timp cât instanța de contencios nu s-a pronunțat definitiv, în litigiul în cauză, nefiind individualizată culpa vreuneia dintre părți la acest moment.

Anexăm prezentei adresa nr. 633/10.06.2016, pagina 5 din contractul de lucrări, adresa nr. 549/26.04.2016, adresa nr. 181467/08.06.2016, plângerea împotriva ... SA și ... ..., precizarea de acțiune prin care solicităm anularea Documentului constatator postat pe

SEAP, recursul împotriva sentinței nr. ... și "print-screenul" de pe portalul Curții de Apel ... de unde rezultă că dosarul nr. ... este pe rol.»

Față de situația de fapt expusă în prezenta cauză, Consiliul reține că potrivit art. 180 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 *"Entitatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului sectorial/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 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 sancţiuni comparabile."

Aceasta dispozitie se completeaza cu cea de la art. 180 alin. (6) din lege, potrivit careia *„În sensul dispoziţiilor alin. (1) lit. g), se consideră încălcări grave ale obligaţiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea obligaţiilor privind livrarea produselor sau serviciilor, ori neexecutarea lucrărilor, livrarea unor produse sau servicii care prezintă neconformităţi majore care le fac improprii utilizării conform destinaţiei avute în vedere de entitatea contractantă, ori executarea unor lucrări care nu respectă cerinţele caietului de sarcini, sau un comportament necorespunzător care creează îndoieli serioase cu privire la credibilitatea operatorului economic."*

Totodată Consiliul reține și că, potrivit art. 161 alin. (8) din HG nr. 394/2016, *„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. 180 alin. (1) lit. g) din Lege."*

Legat de acest motiv de excludere, sunt de reținut și următoarele dispoziții ale art. 184 din Legea nr. 99/2016:

"(1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situaţiile prevăzute la art. 177, 178 şi 180 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.

(3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situaţiile prevăzute la art. 177, 178 şi 180 le poate furniza entităţii contractante, în sensul prevederilor alin. (1), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plăţii sau la asumarea de către operatorul economic a obligaţiei de plată a despăgubirilor în ceea ce priveşte eventualele prejudicii cauzate printr-o infracţiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor şi împrejurărilor în care a fost comisă infracţiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu

autorităţile care efectuează investigaţia, şi la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete şi adecvate la nivel tehnic, organizaţional şi în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele şi organizaţiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control şi raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispoziţiilor legale şi a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea şi plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârşirea unor noi infracţiuni sau alte fapte ilicite.

(5) 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/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situaţiile de excludere prevăzute la art. 177 şi 180 nu sunt aplicabile:

b) dacă, în cazul situaţiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 180 a trecut o perioadă de 3 ani de la data la care s-a produs situaţia, fapta sau evenimentul relevant."

Potrivit dispoziţiilor legale citate ... sus, se reține că, pentru incidența motivului de excludere prevăzut de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, este necesar să fie îndeplinite următoarele condiţii cumulative:

- încălcarea gravă sau repetată a obligaţiilor principale;
- încălcarea obligaţiilor principale să fi intervenit în derularea unuia dintre următoarele tipuri de contracte încheiate anterior: contract de achiziţii publice, contract sectorial, contract de concesiune;
- încălcare gravă este considerată una dintre următoarele: **neexecutarea lucrărilor**, ori executarea unor lucrări care nu respectă cerinţele caietului de sarcini, sau un comportament necorespunzător care creează îndoieli serioase cu privire la credibilitatea operatorului economic;
- încălcarea gravă sau repetată a obligaţiilor principale a dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancţiuni comparabile;
- verificarea, de către comisia de evaluare, a îndeplinirii acestor trei condiții, în mod cumulativ, prin aspectele consemnate în documentul constatator care stă la baza deciziei de respingere a ofertei.

Raportând documentul constatator nr. 181585 din 24.06.2016, emis de către Centrul de Formare Inițială și Continuă al ... ..., pentru ..., la condițiile cumulative, evocate ... sus, pe care informațiile cuprinse în acesta trebuie să le îndeplinească, pentru a putea sta la baza deciziei de excludere din procedură a ofertantei, Consiliul constată că:

- acest document a fost emis referitor la îndeplinirea obligațiilor contractuale decurgând din încheierea unui contract de achiziție publică;

- unul dintre motivele care au condus la emiterea documentului constatator a fost nefinalizarea lucrărilor până la data încetării contractului, lucrările neefectuate reprezentând 31% din valoarea acestuia;

- realizarea lucrărilor contractante, ce fac obiectul acordului contractual reprezintă fără dubiu o obligație principală a executantului, parte în contract;

- entitatea contractantă în prezenta procedura a făcut verificări legate de îndeplinirea cumulativă a condițiilor anterioare.

Drept urmare, Consiliul constată că sunt îndeplinite condițiile pentru incidența cazului de excludere din procedură a asocierii având ca lider pe ....

În continuare, reținând dispozițiile citate ... înainte ale art. 184 din Legea nr. 99/2016, Consiliul constată și că entitatea contractantă, prin transmiterea către ... a adresei nr. 1951 din 04.04.2018, și-a îndeplinit rolul activ în verificarea eventualei incidențe a cazului de neexcludere rezultat din prevederile art. 184 alin. (1) și (3) din Legea nr. 99/2016, mențiunile transmise ofertantei în acest sens fiind explicite.

De asemenea, de reținut este și faptul că nu operează excepția de neexcludere prevăzută la art. 184 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 99/2016, deoarece în speța prezentă nu a trecut o perioadă de 3 ani de la data la care s-a produs situaţia, fapta sau evenimentul relevant, situația de fapt care a condus la emiterea documentul constatator nr. 181585 din 24.06.2016, având loc în perioada aprilie-... 2016.

Analizând, Consiliul stabilește că nelegalitatea aspectelor consemnate în documentul constatator, reclamată de autoarea contestației, este de competența instanței de judecată, iar nu a Consiliului. De altfel, ... a cerut instanței de judecată anularea documentului constatator nr. 181585 din 24.06.2016, Tribunalul ... emițând sentința nr. ..., în dosarul nr. ..., prin care a respins acțiunea reclamantei ..., aceasta formulând recurs împotriva acestei sentințe, recurs aflat în curs de judecată la Curtea de Apel Alba Iulia, conform informațiilor sale.

Competența Consiliului, în situația dată, este de a verifica legalitatea deciziei de respingere a ofertei contestatoarei, respectiv dacă aceasta se încadrează în cazul de excludere prevăzut de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, iar nu de a verifica legalitatea documentului constatator și a stabili cine se face culpabil de situația expusă în acesta.

Astfel, de vreme ce documentul constatator nu a fost anulat prin decizia definitivă a instanței de judecată, el produce efecte,

situație în care, în cazul asocierii, este incident cazul de excludere din procedură prevăzut de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016. Orice act administrativ se bucură de prezumția de legalitate, care poate fi răsturnată printr-o hotărâre judecătorească definitivă de anulare a actului administrativ. De aceea, documentul constatator nr. 181585 din 24.06.2016 se bucură, până la suspendarea aplicării lui sau a anulării, ceea ce nu s-a întâmplat încă, de prezumția de legalitate.

Se impune precizarea faptului că legiuitorul nu a condiționat excluderea din procedură în cazul prevăzut la art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016 de existența unei hotărâri judecătorești definitive asupra legalității emiterii unui document constatator.

Conform articolului menționat, entitatea contractantă exclude din procedură orice operator economic care şi-a încălcat în mod grav sau repetat obligaţiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziţii 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 sancţiuni comparabile. Or, în cazul contestatorului există emis un document constatator care consemnează caracterul grav al neexecutării obligațiilor contractuale.

Trebuie subliniat faptul că, așa cum rezultă din documentele existente la dosarul cauzei, entitatea contractantă nu a exclus asocierea contestatoare pe simpla existență a documentului constatator, ci a întreprins demersuri în vederea lămuririi aspectelor ce rezultau din acesta, solicitând clarificări contestatorului, așa cum stabilesc prevederile art. 184 din Legea nr. 99/2016.

Totodată, se constată că asocierea nu a furnizat entității contractante niciuna dintre dovezile la care face referire art. 184 alin. (3) din Legea nr. 99/2016, ci s-a limitat a exprima motive de pretinsa nelegalitate a actului constatator, asupra căruia, așa cum s-a arătat, competența de a se pronunța aparține instanței de judecată.

Consiliul constată că reținerea garanției de bună execuție nu reprezintă o măsură pe care operatorul economic să o fi luat pentru a-şi demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivul de excludere, executarea garanției de bună execuție reprezentând o sancțiune aplicabilă oricând pe parcursul îndeplinirii contractului sectorial/contractului subsecvent, în limita prejudiciului creat, în cazul în care contractantul nu îşi îndeplineşte din culpa sa obligaţiile asumate prin contract (conform art. 47 din HG nr. 394/2016).

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea şi

funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul urmează să respingă ca nefondată contestația depusă de asocierea ....

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația depusă de asocierea ... în contradictoriu cu ....

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

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

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
...	**...**	**...**

Redactată în ... exemplare, conține ... pagini.