CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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. 1014/18.12.2017, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 54040/18.12.2017, înaintată de SC ... SRL, cu sediul în ..., înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr. ..., CUI RO ..., reprezentată legal prin administrator ..., formulată împotriva comunicării rezultatului intermediar transmis prin adresa nr. 15374/04.12.2017, de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire simplificată, într-o singură etapă, organizată pentru atribuirea contractului de achiziţie publică având ca obiect „Servicii de consultanță pentru managementul proiectului în cadrul proiectului «Modernizare infrastructură de transport regional pe traseul ...»”, anunț de participare simplificat nr. 415890, publicat în SEAP la data de 17.10.2017, s-a solicitat:

- Revocarea măsurii de excludere a ofertei sale din procedura de atribuire, ca fiind nelegală și netemeinică;
- Revocarea/anularea adresei de comunicare a rezultatului intermediar și a tuturor actelor subsecvente acesteia;
- Reevaluarea ofertei sale, cu solicitarea documentelor apreciate ca fiind lămuritoare pentru dovedirea neîncadrării în prevederile art. 167 din Legea nr. 98/2016 și a încadrării în derogările prevăzute de art. 171 din Legea nr. 98/2016;
- Continuarea 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 depusă de SC ... SRL, formulată împotriva comunicării rezultatului intermediar transmis prin adresa nr. 15374 din data de 04.12.2017, prin care solicită:

- Revocarea măsurii de excludere a ofertei sale din procedura de atribuire, ca fiind nelegală și netemeinică;
- Revocarea/anularea adresei de comunicare a rezultatului intermediar și a tuturor actelor subsecvente acesteia;
- Reevaluarea ofertei sale, cu solicitarea documentelor apreciate ca fiind lămuritoare pentru dovedirea neîncadrării în prevederile art. 167 din Legea nr. 98/2016 și a încadrării în derogările prevăzute de art. 171 din Legea nr. 98/2016;
- Continuarea procedurii de atribuire.

Contestatoarea arată că a îndeplinit obligația prevăzută la art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 și a transmis autorității contractante notificarea prealabilă, la care autoritatea contractantă a răspuns că nu va adopta măsuri de remediere, fără a motiva în niciun fel decizia luată.

În opinia petentei, decizia autorității contractante de excludere a sa din procedură, în baza art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016, este netemeinică și nelegală pentru considerentele expuse în cele ce urmează.

În ceea ce privește motivul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, contestatoarea susține că, în mod nelegal, prematur și neîntemeiat, comisia de evaluare a dispus excluderea ofertei sale, deși, potrivit art. 166 din H.G. nr. 395/2016 alin. (8), avea obligația de a analiza dacă sunt îndeplinite condițiile cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege.

În contestație se învederează că, potrivit art. 171 din Legea nr. 98/2016, orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 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.

În contestație se invocă prevederile fișei de date a achiziției:

„Ofertanții, ofertanții asociați, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, 165, 167 din Legea nr. 98/ 2016. Se va prezenta distinct Documentul Unic de Achiziție European (DUAE), în conformitate cu prevederile art. 193 din Legea nr. 98/2016, de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire (lider, asociați, terții susținători și subcontractanții) completat cu informațiile aferente situației lor și semnat corespunzător cu semnătură electronică".

În opinia contestatoarei, măsura excluderii ofertei sale este nelegală, fiind luată cu încălcarea prevederilor art. 166 din H.G. nr. 395/2016, fără a analiza dacă documentele constatatoare reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege, respectiv dacă „*încălcările sancționate*" sunt grave în înțelesul prevederilor alin. (8) din art. 167 sau repetate, dacă sunt imputabile

operatorilor economici membri ai Asocierii și dacă între plata de daune-interese/încetarea anticipată și pretinsele încălcări există o legătură de cauzalitate.

Astfel, contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă a luat măsura excluderii ofertei sale din procedură, cu încălcarea art. 171 din Legea nr. 98/2016. În acest sens, precizează că ofertei sale nu i-a fost acordată posibilitatea de a 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. Consideră că autoritatea contractantă a luat măsura excluderii ofertei sale prematur, față de prevederile fișei de date a achiziției, fără a i se fi comunicat, în prealabil, că ar fi fost desemnat ca fiind ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor și este necesară prezentarea documentelor prin care se demonstrează că poate beneficia de derogările prevăzute la art. 166 alin. (2), art. 167 alin. (2) și art. 171 din Legea nr. 98/2016.

În contestație se menționează că, în temeiul art. 196 alin. (1^1) din Legea nr. 98/2016, i-au fost solicitate documente suplimentare, nu, însă, și explicații sau alte documente cu privire la presupusa încadrare în prevederile art. 167, pentru a-i permite prezentarea aparării, în sensul neîncadrării în cazurile de excludere și, în subsidiar, în sensul încadrării în situațiile derogatorii prevăzute de art. 171 din Legea nr. 98/2016.

Referitor la excluderea ofertei sale pe baza Documentului constatator nr. 147/22.01.2016, cu privire la contractul nr. 234 din 24.07.2015, încheiat între ... și Asocierea ... -..., este apreciată de petentă ca fiind netemeinică, întrucât nu se menționează nicio „încălcare gravă", potrivit motivelor de excludere prevăzute în art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, iar conform art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016, se consideră încălcări grave ale obligațiiilor contractuale, neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract.

Contestatoarea susține că din Documentul constatator nr. 147/22.01.2016, nu reiese nicio situație de neexecutare a contractului, livrare/prestare/executare a unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract și a niciunei alte situații de o gravitate similară, care să fi prejudiciat în vreun fel autoritatea contractantă.

Dimpotrivă, livrabilele au fost acceptate de către achizitor prin Raportul de acceptanță nr. 125782/31.12.2015, privind Etapa I - recepția la finalul implementării contractului de prestări servicii nr. 234/24.07.2015. Potrivit acestui raport de acceptanță: *„ (…) comisia de recepție finală acceptă sistemul integrat de management al activităților de investiții, control și integritate* (…)". De asemenea, în raportul de acceptanță se menționează că au existat recepții anterioare care nu au făcut obiectul raportului de acceptanță:

„Respectiva recepție nu implică:

- *recepția serviciilor de organizare a unor cursuri de instruire în vederea pregătirii și implementării instrumentului informatic de*

eficientizare a activității de investiții și control din cadrul ..., servicii care au fost recepționate conform procesului-verbal de recepție nr. 125195/29.12.215;

- *recepția livrabilelor de hardware și software care au fost recepționate în data de 09.10.2015, conform procesului-verbal de recepție nr. 87040/09.10.2015".*

Chiar în cuprinsul documentului constatator se confirmă lipsa oricărei abateri de la calitatea livrabilelor, lipsa oricărei abateri de la întocmirea corespunzătoare a documentelor necesare derulării contractului, lipsa oricărei încălcări cu privire la normele de securitate și sănătate a muncii, PSI și protecția mediului precum și lipsa oricărui prejudiciu ce ar fi putut fi adus autorității contractante pe perioada derulării contractului.

Prin urmare, plata unor penalități pentru întârzieri minore nu poate constitui *per se* un motiv de excludere a ... de la procedura de atribuire. Mai mult, conform Anexei 4 a Contractului nr. 1528/1/13.08.2015, încheiat între ... și Liderul asocierii, societatea ... SRL, ... a avut ca obligație, în cadrul contractului de achiziție, livrarea modulelor aferente sistemului, pentru care au fost calculate penalități de întârziere pentru o perioada de 12 zile, penalități, de altfel, achitate înainte de emiterea documentului constatator.

În opinia petentei, nu se poate reține în sarcina ... SRL o încălcare gravă de natura celor prevăzute în art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016.

Contestatoarea învederează că documentul constatator nr. 147/22.01.2016 a fost emis în temeiul art. 97^1 din HG nr. 925/2006, ce punea în aplicare prevederile OUG nr. 34/2006. Prin urmare, mențiunile acestuia trebuie să fie interpretate prin prisma efectelor ce le-ar fi produs sub imperiul OUG nr. 34/2006, ce condiționa excluderea de la procedură de producerea unui grav prejudiciu autorității contractante.

În contestație se subliniază că situația de excludere a unui operator economic din cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică era aplicabilă numai dacă erau îndeplinite, în mod cumulativ, condițiile prevăzute la art. 181 lit. c^1 din OUG nr. 34/2006. Or, din certificatul constatator emis de către ... nr. 147/DAP/22.01.2016, cu privire la contractul nr. 234 din 24.07.2015, încheiat între ... și Asocierea ... - ..., reiese că nu au existat prejudicii sau potențiale prejudicii cauzate autorității contractante pe perioada derulării contractului.

În contextul în care la data emiterii documentului constatator, în considerarea prevederilor legale aplicabile la acea dată, mențiunile acestuia nu ar fi permis încadrarea în ipotezele de excludere de la procedură, contestatoarea opinează că nu se poate reține că sub imperiul legii noi lipsa prejudiciului nu mai prezintă relevanță sau că o presupusă „încălcare", neprejudiciabilă pentru autoritatea contractantă, se poate încadra în ipoteza încălcării grave prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) și explicitată de art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016.

Contestatoarea învederează că la o analiză mai atentă, în cunoștința situației reale de fapt, nu se poate reține motivul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Autoarea contestației consideră ca fiind netemeinică și nelegală decizia autorității contractante de a anula procedura de atribuire ce face obiectul prezentei contestații. Invocând prevederile art. 212 alin. (1), art. 215 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, art. 66 alin. (3) – (5) și art. 146 alin. (1) și (2) din HG nr. 395/2016, contestatoarea susține că autoritatea contractantă a anulat procedura de atribuire în mod abuziv, prin crearea de circumstanțe artificiale, ceea ce duce la încălcarea principiului asumării răspunderii, prevăzut la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În opinia contestatoarei, susținerile autorității contractante nu justifică anularea procedurii sub pretextul invocat de autoritatea contractantă.

Ca urmare a solicitărilor cuprinse în adresa nr. 54636/C4-4616/21.12.2017, ..., a transmis, prin adresa nr. 16795/27.12.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 55531/29.12.2017, o serie de documente necesare soluționării contestației, precum și punctul său de vedere față de contestația depusă de SC ... SRL, solicitând respingerea acesteia ca nefondată.

În urma analizării DUAE încărcat în SEAP de către SC ... SRL, comisia de evaluare a constatat că în Partea III: Motive de excludere, punctul C - Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, la secțiunea încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile, operatorul economic a bifat DA precizând următoarele: *SC ... SRL are emis, de către ... constatatorul nr. 147/DAP/22.01.2016, cu privire la contractul nr. 234 din 24.07.2015 încheiat între ... și Asocierea dintre ... și .... Pentru o mai bună înțelegere a situației de fapt și pentru demonstrarea faptului că subscrisa nu 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", vă aducem la cunoștință următoarele: art. 6, alin. (2) din Noul Cod Civil, statuează că:*

„(2) Actele și faptele juridice încheiate ori, după caz, savârșite sau produse înainte de intrarea în vigoare a legii noi nu pot genera alte efecte juridice decât cele prevăzute de legea în vigoare la data încheierii sau, după caz, a savârșirii ori producerii lor." De asemenea, art. 236 din Legea nr. 98/2016, statuează că:

„(4) Contractele de achiziție publică/Acordurile-cadru încheiate înainte de data intrării în vigoare a prezentei legi sunt supuse dispozițiilor legii în vigoare la data când acestea au fost încheiate în tot ceea ce privește încheierea, modificarea, interpretarea, efectele, executarea și încetarea acestora". Astfel, certificatul constatator emis de către ... nr. 147/DAP/22.01.2016 va fi interpretat și va produce efecte exclusiv în baza OUG nr. 34/2006 și a normelor metodologice ale acesteia, respectiv HG nr. 925/2006. Conform legislației în baza căruia a fost emis acest

certificat, situația de excludere a unui operator economic din cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică, era aplicabilă numai dacă erau îndeplinite anumite condiții în mod cumulattv, condițiile menționate la art. 181 lit. c[1] din OUG nr. 34/2006, respectiv: „în ultimii 2 ani nu și-a îndeplinit sau și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale, din motive imputabile ofertantului în cauză, fapt care a produs sau este de natură să producă grave prejudicii beneficiarilor acestuia". Va rugăm să observați că din certificatul constatator emis de către ... nr. 147/DAP/22.01.2016, cu privire la contractul nr. 234 din 24.07.2015, încheiat între ... Asocierea dintre ... și ..., reiese în mod clar fără echivoc faptul că nu au existat prejudicii sau potențiale prejudicii cauzate autorității contractante pe perioada derulării contractului. Precizăm că, deși nu considerăm că ne aflam "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", preferăm să avem o abordare transparentă și corectă față de dumneavoastră și să vă expunem situația reală, astfel încât să puteți concluziona dumneavoastră fără echivoc că la data emiterii documentului constatator, în considerarea prevederilor legale aplicabile la acea dată, mențiunile acestuia nu ar fi permis încadrarea în ipotezele de excludere de la procedură, așa cum nu permit nici în prezent încadrarea în ipotezele de excludere de la procedură.

Ați luat măsuri pentru a demonstra fiabilitatea dumneavoastră („autocorectare")

•*Da*

ONu

Va rugam să le descrieți: Am plătit penalitățile.

Autoritatea contractantă a identificat în SEAP Documentul constatator nr. 31644 emis de ... pentru contractul nr. 234/24.07.2015, încheiat cu SC ... SRL - contractant asociat, din care rezultă că nu au fost respectate termenele contractuale și/sau durata execuției contractului.

Având în vedere cele de mai sus, în temeiul prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă a hotărât excluderea din procedura de atribuire a operatorului economic SC ... SRL, deoarece din cele declarate în DUAE rezultă că operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice încheiat anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

În temeiul prevederilor art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă a anulat procedura de atribuire a contractului, deoarece nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă.

Având în vedere cele expuse anterior, autoritatea contractantă solicită Consiliului să respingă, ca nefondată, contestația depusă de către SC ... SRL, pentru a avea posibilitatea de a demara o nouă procedură de achiziție în vederea atribuirii contractului având ca obiect

servicii de consultanță pentru managementul proiectului, având în vedere că acest proiect este finanțat din fonduri europene prin Programul Operațional Regional 2014 - 2020, Axa prioritară 6: Îmbunătățirea infrastructurii rutiere de impartanță regională, Prioritatea de investiții 6.1, stimularea mobilității regionale prin conectarea nodurilor secundare și terțiare la infrastructura ten-t, inclusiv a nodurilor multimodale.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură de atribuire simplificată, într-o singură etapă, a contractului de achiziţie publică având ca obiect „Servicii de consultanță pentru managementul proiectului în cadrul proiectului «Modernizare infrastructură de transport regional pe traseul ...»”, cod CPV 79411000-8 – Servicii de consultanță în management (Rev. 2), prin publicarea în S.E.A.P. a anunțului de participare simplificat nr. 415890/17.10.2017.

Conform anunțului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț”, iar valoarea estimată a contractului este de 200.000 lei, fără TVA.

Așa cum rezultă din procesul-verbal al ședinței de vizualizare a ofertelor nr. 14165/08.11.2017, pentru această procedură a fost depusă o singură ofertă, de către SC ... SRL.

Conform raportului procedurii nr. 15373/04.12.2017, ofertantul SC ... SRL a fost exclus de la procedură, în temeiul prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, pe motiv că, din cele declarate în DUAE rezultă că acest operator economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, încheiat anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune interese sau alte sancțiuni comparabile.

De asemenea, prin același raport al procedurii, în temeiul prevederilor art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, procedura de atribuire a fost anulată, deoarece nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă.

Împotriva acestui rezultat, SC ... SRL a formulat notificare prealabilă și, ulterior, contestația de față.

În soluționare, Consiliul are în vedere, prevederile art. 167 alin. (1) lit. g), art. 171 din Legea nr. 98/2016 și art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016:

- art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016:

„(1) 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. 171 din Legea nr. 98/2016:

„(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.

(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 credibilităţii, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire.

(3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situaţiile prevăzute la art. 164 şi 167 le poate furniza autorităţii 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 (...)”.

- art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016:

„(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.”

Consiliul constată că în raportul procedurii s-a consemnat, cu privire la neîncadrarea în prevederile art. 167 din Legea nr. 98, cele specificate în DUAE de către S.C. ... S.R.L. și prezentate în integralitate în punctul de vedere la autorității contractante (pag. 5 și 6 din actuala decizie).

Consiliul mai reține că la dosarul achiziției publice se găsește o pagină cu informațiile publicate în SEAP referitoare la documentul constatator înregistrat în SEAP nr. 31644/26.01.2016.

Efectuând verificările cu privire la acest document constatator, Consiliul a descărcat din SEAP documentul constator nr. 147/DAP/22.01.2016, emis de ..., cu privire la Asocierea S.C. ... S.R.L. – S.C. ... S.R.L. – S.C. ... S.R.L., reprezentată prin lider S.C. ... S.R.L., în cadrul contractului nr. 234/24.07.2015, având ca obiect „Achiziția de servicii de implementare sistem informatic integrat în cadrul proiectului «Sistem integrat de managemet al activității de investiții, control și integritate în cadrul ...», cod SMIS 38550”, în valoare de 9.450.000 lei fără TVA.

Conform acestui document:

„5.Contractul a fost îndeplinit corespunzător: Da x Nu

Motivație:

a) abateri de la calitatea produselor/serviciilor/lucrărilor contractate: nu este cazul;

b) nerespectarea termenelor contractuale de livrare produse/ prestări servicii/executare lucrări, din culpa prestatorului. Prestatorul și-a îndeplinit cu întârziere obligațiile contractuale, pentru care s-au aplicat penalități în cuantum total de 122.674,15 lei, după cum urmează:

- livrarea echipamentelor hardware și software, penalități în cuantum de 25.721,14 lei, pe care operatorul economic le-a plătit autorității contractante (întârzieri cuprinse între 18-28 zile);

- predarea modulelor aferente sistemului, penalități în cuantum de 96.953,01 lei, pe care operatorul economic le-a plătit autorității contractante (întârzieri de 12 zile);

c) neîntocmirea corespunzătoare a documentelor necesare derulării corespunzătoare a contractului: nu este cazul;

d) abateri de la respectarea normelor de securitate și sănătate a muncii, PSI, legislația de protecția mediului: nu este cazul;

6. Estimarea prejudiciilor ce ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului: - ”

Așadar, în conformitate cu art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 un ofertant este exclus din procedură numai dacă sunt îndeplinite cumulativ cele două condiții: ca operatorul economic să-și fi încălcat în mod grav sau repetat obligaţiile principale, iar această încălcare să ducă la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancţiuni comparabile.

Consiliul constată că din certificatul constatator nr. 147/DAP/22.01.2016, emis de ... rezultă că Asocierea din care făcea parte și contestatoarea nu și-a îndeplinit în mod corespunzător contractul, respectiv și-a îndeplinit cu întârziere obligațiile contractuale, însă aceasta nu a dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancţiuni comparabile, ci doar la aplicarea unor penalități de întârziere, care deja fuseseră plătite la data emiterii documentului constatator.

Mai mult, și în situația prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, ofertantul avea dreptul de a furniza dovezi cu privire la măsurile luate pentru a-şi demonstra credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a efectuat niciun demers pentru verificarea încadrării contestatoarei în motivele de excludere prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, deși aceasta prezentase situația în DUAE, iar în conformitate cu art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016 avea obligaţia de a analiza certificatul constatator din perspectiva îndeplinirii condiţiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 101/2016.

În sensul acesta s-a pronunțat și Curtea de Apel București într-o speță similară celei de față (Decizia nr. 3011/29.06.2017 pronunțată în dosarul nr. 3743/2/2017), conform căreia:

«Criticile de nelegalitate invocate de petentă cu privire la decizia autorității administrativ jurisdicțională și actele emise în cadrul procedurii de atribuire de către intimată și structurate pe cele două direcții menționate pe de o parte încălcarea principiului neretroactivității și aplicării legii noi pentru fapte săvârșite sub imperiul legii vechi, iar pe de altă parte nemotivarea respingerii ofertei depusă de petentă și neanalizarea apărărilor esențiale invocate de aceasta prin prisma atât a aplicării prevederilor legale interne și europene, cât și a jurisprudenței

proprii a CNSC, dar și a CJUE în această materie, sunt întemeiate parțial, după cum urmează:

Astfel, Curtea constată că atât autoritatea contractantă, cât și ulterior în cadrul procedurii de soluționare a contestației formulată de petentă, CNSC, au încălcat dreptul ofertantului de a-i fi pe fond analizat motivul excluderii acestei oferte prin prisma aplicării reale, iar nu formale a prevederilor normative în vigoare atât la momentul săvârșirii faptei imputată acesteia, cât și la momentul derulării prezentei proceduri de atribuire, precum și aplicarea principiului proporționalității măsurii de excludere a ofertei în raport de motivele constatate la analizarea acesteia în raport de scopul atribuirii contractului de achiziție de către autoritatea contractantă.

Din această perspectivă, vor fi înlăturate ca nelegale considerentele CNSC potrivit cărora nu avea relevanță lămurirea „aspectului privind circumstanțele care au dus la încetarea contractului” și că acest aspect „nu ar fi avut nicio influență asupra deciziei comisiei de evaluare”, iar prezumțiile deduse din analiza documentelor prezentate spre analiză de către ofertant sub același aspect sunt strict formale nefiind întemeiate pe o reală analiză a circumstanțelor concrete care au condus la rezilierea contractului anterior, prin prisma culpei grave a unuia dintre contractanți și a intenției unuia sau altuia de a continua în mod real executarea contractului, cu atât mai mult cu cât în mod constant petenta a susținut că potrivit contractului de achiziție anterior existau clauze care permiteau derularea acestuia prin posibilitatea autorității contractante de identificare a unor alte surse, aspecte care nu au fost analizate, fiind încălcat dreptul efectiv al ofertantului de a beneficia de o explicație fundamentată sub aceste aspecte.

Mai mult, Curtea reține că potrivit disp. art. 184 alin. 1-3 din Legea nr. 99/2016 (a căror analiză se impunea, cu atât mai mult cu cât atât CNSC, cât și autoritatea contractantă au susținut că se aplică prevederile noii legii, în forma în vigoare la data inițierii procedurii de achiziție publică) „(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 săvârirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite."

Astfel nici CNSC, dar nici autoritatea contractantă nu au efectuat o astfel de analiză, deși dispozițiile legale imperative precitate impuneau, nu recomandau autorității, o astfel de conduită, pentru a da posibilitatea ofertantului să furnizeze dovezi privind existența unei credibilități de realizare a obiectivului contractului de achiziție preconizat a fi încheiat în urma atribuirii, dar și, mai ales, din perspectiva asigurării liberei concurențe a cât mai multor ofertanți de a participa la o astfel de procedură, iar deducerea unor prezumții din simpla citire a documentelor aflate la dispoziția acestora, în contextul în care nu rezulta cu evidență, pe de o parte, culpa gravă și evidentă a petentei în nefinalizarea contractului de achiziție anterior-aceasta susținând în mod constant că a solicitat autorității contractante(IGPF) continuarea relațiilor contractuale, luând toate măsurile de remediere și înlocuirea produselor neconforme inițial, iar de altă parte, absența oricărei culpe a acestei din urmă autorități contractante și imposibilitatea obiectivă de a continua executarea contractului încheiat anterior cu petenta.

Prin urmare, se impunea ca CNSC și, mai ales autoritatea contractantă, din perspectiva aplicării acestor dispoziții de drept material, dar și a prevederilor art. 228 alin. 2 lit. b din același act normativ, să motiveze necesitatea aplicării dispozițiilor art. 180 alin. 1 lit. g cu referire la art. 180 alin. 6 din Legea nr. 99/2016 și a excluderii ofertei petentei, respectiv a culpei contractuale grave a acesteia în executarea contractului de achiziție anterior și producerea unui prejudiciu în dauna acestei autorități contractante, prin raportare la momentul prezentării produselor la recepționare, data impusă prin contractul respectiv în acest sens, prevederile contractuale privind modul de asigurare a finanțării acestui contract, imposibilitatea obiectivă a autorității reclamante de a continua derularea contractului prin prisma absenței oricăror surse de finanțare în acest scop, producerea unui prejudiciu în activitatea autorității contractante prin prisma necesității achiziționării acestor produse ofertate de petentă din alte surse cu plata unor diferențe substanțial mai mari sau imposibilitatea desfășurării activității autorității contractante urmare a neexecutării acestui contract determinată de fapta furnizorului produselor în cauză.

În plus, astfel cum rezultă din dispozițiile art. 184 precitate, se impunea ca autoritatea contractantă și CNSC să evoce motivele pentru care oferta petentei este inacceptabilă întrucât aceasta nu a probat credibilitatea prin prisma remediilor luate pentru continuarea contractului cu IGPF, a conduitei contractuale realizată ulterior acestor incidente în

raporturile cu aceeași autoritate contractantă, astfel încât toate aceste aspecte să fie lămurite pe baza unor împrejurări obiective și verificabile atât de petentă, cât și de autoritatea administrativ jurisdicțională, ulterior de instanța de contencios administrativ învestită cu o eventuală plângere.

Prin urmare se impune concluzia că actele contestate în cadrul procedurii sunt nelegale prin prisma neaplicării prevederilor legale esențiale litigiului și a nemotivării respingerii ofertei ca inacceptabilă, refuzul exprimat de autoritatea contractantă fiind formal și cu încălcarea principiilor generale în materia achizițiilor publice-art. 2 alin. 2 (transparența, asumarea răspunderii și proporționalitatea), fiind încălcat dreptul de acces la justiție al petentei-ofertant în condițiile în care i-a fost refuzată aplicarea remediilor legale pentru înlăturarea acestui motiv de respingere a propriei oferte, fără a se verifica pe fond aceste susțineri.

Totodată, invocarea prin decizia atacată a prezumției de legalitate a documentelor care au condus la reținerea caracterului inacceptabil al ofertei derivată din neatacarea acesteia pe calea unei proceduri judiciare, respectiv reținerea potrivit căreia executarea garanției de bună execuție este dovada absolută că se impune prezumția culpei grave a petentei în nefinalizarea contractului de achiziție anterior, fără a se analiza contextul de împrejurări menționate anterior, constituie elemente ale excesului de putere în raporturile juridice cu ofertantul-petentcontestator din perspectiva aplicării art. 2 alin. 1 lit. n din Legea nr. 554/2004, cu modificările ulterioare.

În plus, se reține că este nelegal și neconstituțional refuzul ambelor autorități menționate de a verifica modul real de aplicare a acestor dispoziții normative prin raportare atât la propria jurisprudență adoptată de CNSC în această materie, chiar și prin referire la dispozițiile anterioare, aspectele reglementate prin noua dispoziție fiind mai circumstanțiate și apreciate mai mult în favoarea ofertanților, iar nu a autorităților contractante, impunând condiții procedurale și garanții de analiză efectivă a credibilității ofertelor și a posibilității de remediere a acestor nereguli constatate din simpla analiză a documentației atașată ofertei, dar și, prin raportare la jurisprudența CJUE în această materie, conform art. 148 alin. 2 și alin. 4 din Constituție, atât instanțele, cât și, autoritățile interne, de orice nivel sau natură, având obligația aplicării prioritare a prevederilor și principiilor de drept european în această materie a achizițiilor publice.”

În consecință, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul admite contestația formulată de SC ... SRL în contradictoriu cu ... și dispune anularea raportului procedurii nr. 15373/04.12.2017 și a actelor subsecvente, precum și reevaluarea ofertei depusă de SC ... SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, admite contestaţia formulată de către SC ... SRL în contradictoriu cu ....

Dispune anularea raportului procedurii nr. 15373/04.12.2017 și a actelor subsecvente.

Dispune reevaluarea ofertei depusă de SC ... SRL, în conformitate cu prevederile legale și cele din motivarea prezentei decizii.

În temeiul art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, măsurile dispuse de Consiliu vor fi duse la îndeplinire în termen de 15 zile de la primirea prezentei.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţile cauzei, în conformitate cu dispoziţiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 şi poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 alin. (1) din acelaşi act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.

Redactată în 4 (patru) exemplare, conţine 13 (treisprezece) pagini.