

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 167 din data de 21.10.2021, transmisă prin poșta electronică (e-mail) în data de 21.10.2021 ora 14:21, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 55330 din data de 21.10.2021, și depusă la poștă în data de 21.10.2021, (...), înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 55874 din data de 25.10.2021, formulată de, cu sediul social în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul Harghita cu nr. ..., având Cod de Identificare Fiscală ..., atribut fiscal RO, reprezentată legal de, în calitate de administrator, și convențional de „...i”, cu sediul profesional în strada ..., în baza împuternicirii ..., depusă în original la dosarul cauzei, împotriva rezultatului procedurii de achiziție publică pentru lotul 1 și 2 comunicat prin adresa nr. 52036 din data de 14.10.2021, emisă de către, cu sediul în st...., având Cod de Identificare, reprezentată de, în calitate de primar, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, desfășurată într-o etapă, în conformitate cu art. 113 și următoarele din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, modalitatea de derulare a procedurii de achiziție publică fiind prin mijloace electronice (online), fără etapă finală de licitație electronică, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de execuție de lucrări, divizat pe loturi, având ca obiect „*Execuție lucrări privind investiția «Reabilitarea terenului de lângă Ștrandul municipal»*”, cod CPV principal 45112360-6 Lucrări de reabilitare a terenului (Rev.2), cu referire exclusivă la lotul nr. 1 – „*Demolarea construcțiilor existente pe amplasament și reabilitarea terenului de lângă ștrandul municipal*” și lotul nr. 2 – „*Construire pistă de bicicliști în scopul accesului la terenul de lângă ștrandul municipal*”, s-a solicitat Consiliului să dispună:

- anularea adresei nr. 52036 din data de 14.10.2021, adresă comună și identică pentru lotul nr. 1 și lotul nr. 2 și a deciziei înseși, emise de comisia de evaluare, ca fiind nelegală, prin care a fost exclusă din procedura de achiziție publică;

- anularea tuturor actelor autorității contractante (proces-verbal, raport etc) care au stat în baza deciziei de excludere și a tuturor actelor subsecvente comunicării adresei atacate, încheiate după excluderea;

- anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii;

- obligarea autorității contractante la reevaluarea tuturor ofertelor conforme și acceptabile depuse pentru lotul nr. 1 și lotul nr. 2 cu respectarea principiilor care stau la baza procedurii de achiziție publică, printre care și a ofertei conforme, admisibile și suficiente a

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

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 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, cu modificările și completările ulterioare, să soluționeze contestația de față.

Prin contestația nr. 167 din data de 21.10.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 55330 din data de 21.10.2021, ..., în calitate de ofertantă la procedura simplificată, desfășurată într-o etapă, în conformitate cu art. 113 și următoarele din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, modalitatea de derulare a procedurii de achiziție publică fiind prin mijloace electronice (online), fără etapă finală de licitație electronică, organizată de către autoritatea contractantă ..., în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de execuție de lucrări, divizat pe loturi, având ca obiect *„Execuție lucrări privind investiția «Reabilitarea terenului de lângă Ștrandul municipal»”,* cu referire exclusivă la lotul nr. 1 – *„Demolarea construcțiilor existente pe amplasament și reabilitarea terenului de lângă ștrandul municipal”* și lotul nr. 2 – *„Construire pistă de bicicliști în scopul accesului la terenul de lângă ștrandul municipal”*, inițiată prin publicarea în Sistemul electronic de achiziții publice (denumit în continuare SEAP) a anunțului de participare simplificat având codul de identificare SCN1092082 din data de 31.08.2021, a solicitat Consiliului să dispună cele menționate în partea introductivă.

Prin contestația formulată, ... critică decizia autorității contractante de a-i exclude din procedură ofertele depuse pentru loturile 1 și 2, apreciind ca nelegal motivul invocat în susținerea acesteia și anume faptul că în urma adresei de solicitare de clarificări ce a vizat anumite documente constatatoare, din răspunsul transmis nu a rezultat luarea de măsuri de autocorectare în privința prejudiciilor menționate în documentele respective.

În opinia contestatoarei, decizia de excludere este nemotivată, din adresa nr. 52036/14.10.2021 nereieșind că autoritatea contractantă a evaluat măsurile luate pentru dovedirea credibilității în raport cu gravitatea și circumstanțele abaterii avute în vedere; de asemenea, nu a reieșit că evaluarea măsurilor luate de pentru dovedirea credibilității a fost una efectivă, rezultat al unei analize a stării de fapt și de drept în care au fost emise documentele constatatoare negative nr. 12940 și nr. 12942 din data de 11.06.2019 de către Consiliul Județean Harghita.

În opinia contestatoarei un operator economic nu poate fi exclus din procedură doar pentru că acesta a precizat că privitor la ele a fost emis un document constatator în cadrul unei alte proceduri ci, datele și informațiile din documentul constatator negativ trebuie verificate în mod concret în raport cu datele noii proceduri de achiziție publică.

Din adresa contestată nu rezultă nicio verificare minimă a stării de fapt și de drept descrise în documentele constatatoare negative, consecințele și efectele comportamentului asocierii din anul 2019 numai față de autoritatea contractantă către Credibilitatea sa nu poate fi anihilată doar prin prisma a două documentele constatatoare negative în condițiile în care însăși autoritatea contractantă emitentă a lor, ulterior, a încheiat alte contracte , separat, cu fiecare dintre cei doi membri ai asocierii.

În lipsa oricărei acțiuni concrete din partea Consiliului Județean Harghita în stabilirea în mod efectiv a prejudiciului concret, actual și efectiv, respectiv în recuperarea acestui prejudiciu, la limita împlinirii prescripției extinctive, respectiv după 2 ani și 4 luni, nu poate fi acceptată ca singură măsură de autocorectare, plata efectivă a prejudiciului afirmat doar la momentul emiterii documentelor constatatoare, iar în lipsa plății prejudiciului nicio altă măsură de autocorectare nu ar putea fi acceptată.

În opinia contestatoarei, dovezile furnizate pentru dovedirea credibilității coroborate cu atitudinea neechivocă a autorității contractante Consiliul Județean Harghita în privința acceptării și colaborării în continuare cu fiecare din cei doi membri ai asocierii, sunt suficiente pentru demonstrarea în mod concret a credibilității .. în executarea viitorului contract în beneficiul

Prin punctul de vedere înregistrat la Consiliu cu nr. 56091/26.10.2021, autoritatea contractantă a solicitat respingerea ca neîntemeiată a contestației ..., motivat de următoarele aspecte:

- în urma verificării DUAE a rezultat faptul că ofertantul a invocat existența unor documente constatatoare negative la adresa sa, aspect în legătură cu care i-au fost solicitate acestuia clarificări,

- în urma evaluării răspunsurilor la solicitarea de clarificări și a documentelor anexe la răspuns, și anume: informațiile și stadiul procesual al dosarului depus la Tribunalul Harghita, a documentelor constatatoare negative finale cu nr. 12940 emis în data de 11.06.2019 și nr. 12942 emis în data de 11.06.2021, acordul de asociere cu nr. 74/22.06.2017 între ... și ..., a plângerii prealabile și notificării depuse către ... de ... și a răspunsului din partea ... la plângerea prealabilă menționată anterior, a cererii de chemare în judecată depusă de către, și a încheierii cu nr. 1 din data de 16 Ianuarie 2020, referitor la Dosarul cu nr. 1487/96/2019, comisia de evaluare a constatat următoarele în Procesul-Verbal de evaluare a formularelor DUAE cu nr. 50896/07.10.2021, cu privire la aspectele menționate: "In legătură cu

formularele DUAЕ precum și a documentelor de calificare al ofertantului ... și a subcontractanților propuși este necesar clarificarea următoarelor aspecte: In formularul DUAЕ al ofertantului ..., la partea III: Motive de excludere, secțiunea C: Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale, încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile, referitor la măsurile de autocorectare a fost selectată opțiunea DA. Este necesară prezentarea măsurilor de autocorectare și a documentelor/justificărilor/ dovezilor care să ateste că măsurile corective sunt suficiente pentru a evita neregularitățile constatate. Se vor solicita clarificări."

- la noua solicitare de clarificări ce avizat răspunsul ofertantul a comunicat răspunsurile cu nr. 5438/08.10.2021 și 5439/08.10.2021, constatându-se că ofertantul a trimis același răspuns și aceleași documente ca la solicitarea de clarificare anterioară, subliniind faptul că Dosarul nr. 1487/96/2019 având ca obiect anularea Documentelor constatatoare cu nr. 12940/11.06.2019 și nr. 12942/11.06.2019 a fost suspendat la data de 16.01.2020 până la soluționarea definitivă a dosarului nr. 1486/96/2019, devenit ulterior dosar cu nr. 1486/96/2019*, faptul că Dosarul cu nr. 1486/96/2019* se află în faza de judecată a recursului, primul termen de judecată acordat de Curtea de Apel Târgu Mureș fiind stabilit pentru data de 30.09.2021, în concluzie arătând că litigiul privind anularea Documentelor constatatoare negative mai sus menționate nu este finalizat în mod definitiv.

- având în vedere prevederile art. 167 din Legea 98/2016 "Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații" alin. 1, lit. g) "*operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții 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 sancțiuni comparabile* și motivele enumerate în Procesul-Verbal cu nr. 52035/14.10.2021 cu privire la aceste aspecte și anume: (1)Prejudiciile menționate în documentele constatatoare cu nr. 12940 emis în data de 11.06.2019 și cu nr. 12942 emis în data de 11.06.2019 de către (2) Răspunsul ofertantului ... la solicitarea de clarificare în care menționează inițierea procedurii de anulare a documentelor sus menționate, acte administrative nelegale din punctul său de vedere în acord cu prevederile Legii nr. 554/2004 privind contenciosul administrativ, prin formularea unor plângeri prealabile pentru revocarea de către emitentă a documentelor constatatoare negative și acțiunea înregistrată la Tribunalul Harghita sub dosarul cu nr. 1487/96/2019, (3) în urma evaluării răspunsurilor la solicitările de clarificări trimise către cu privire la prezentarea unor măsuri de autocorectare și a

documentelor/justificărilor/ dovezilor care să ateste că măsurile corective sunt suficiente pentru a evita neregularitățile menționate, comisia de evaluare a constatat că ofertantul nu a luat măsuri de autocorectare în privința remedierii prejudiciilor menționate în documentele constatatoare, (4) Litigiul privind anularea Documentelor constatatoare sus menționate nu este încă finalizat în mod definitiv, comisia de evaluare a decis excluderea ofertantului pe baza motivelor și temeiului legal sus menționate, în baza documentelor puse la dispoziție de către ofertant.

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

Procedura simplificată, desfășurată în conformitate cu art. 113 și următoarele din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, modalitatea de derulare a procedurii de atribuire fiind prin mijloace electronice (online), fără etapă finală de licitație electronică, a fost inițiată de, în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de execuție de lucrări, divizat pe loturi, având ca obiect *„Execuție lucrări privind investiția «Reabilitarea terenului de lângă Ștrandul municipal»”,* prin publicarea în SEAP, a anunțului de participare simplificat având codul de identificare SCN1092082 din data de 31.08.2021, stabilind data și ora-limită de depunere a ofertelor ca fiind 16.09.2021 ora 15:00.

Potrivit anunțului de participare simplificat, criteriul de atribuire aplicat a fost „prețul cel mai scăzut”, valoarea estimată a contractului fiind de 5.251.615,45 lei, fără TVA, lotul nr. 1 având ca obiect *„Demolarea construcțiilor existente pe amplasament și reabilitarea terenului de lângă ștrandul municipal”* și o valoare estimată de 4.475.706,18 lei, fără TVA, iar lotul nr. 2 având ca obiect *„Construire pistă de bicicliști în scopul accesului la terenul de lângă ștrandul municipal”* și o valoare estimată de 775.909,27 lei, fără TVA.

Consiliul constată că societatea a înaintat Consiliului contestația de față, depunând în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. emisă de CEC Bank – Sucursala Miercurea Ciuc în data de 25.10.2021, stabilită potrivit art. 61¹ alin. (2¹) coroborat cu art. 61¹ alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în cuantum de 103.519,00 lei.

Cauțiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii Consiliului, în temeiul art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Prin încheierea nr. 2985/C8/2750 din data de 17.11.2021, Consiliul a dispus suspendarea procedurii de soluționare a contestației formulate de, în contradictoriu cu, până la rămânerea definitivă a hotărârilor

ce vor fi pronunțate de către ..., în dosarul nr. ..., respectiv de Tribunalul Harghita în dosarul nr.

Împotriva încheierii nr. din data de 17.11.2021, pronunțată de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, ... a formulat plângere la Curtea de Apel Târgu Mureș, plângere ce a făcut obiectul dosarului nr.

Potrivit portalului instanțelor <http://portal.just.ro>, Curtea de Apel Târgu Mureș – Secția a IIa civilă, de contencios administrativ și fiscal a pronunțat în ședința publică din data de 10.12.2021, hotărârea definitivă nr. 759/2021 în dosarul nr. 292/43/2021. Prin această hotărâre, instanța a dispus după cum urmează:

„Admite plângerea formulată de petenta (cu sediul), reprezentată legal de administrator ... și convențional de ..., prin av. Imre Bela (cu sediul), în contradictoriu cu intimata-autoritatea contractantă (cu sediul), împotriva Încheierii nr. 2985/C8/2750 din 17.11.2021, pronunțată de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor în dosarul nr. 2750/2021. Modifică încheierea atacată și dispune reluarea de către Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor a procedurii de soluționare a contestației formulate de ... și înregistrată sub nr. 55330/21.10.2021. Definitivă. Pronunțată prin punerea soluției la dispoziția părților prin grefa instanței, azi, 10.12.2021.”

Prin încheierea nr. .../2750 din data de 06.01.2022, Consiliul a dispus repunerea pe rol a procedurii de soluționare a contestației nr. 167 din data de 21.10.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 55330 din data de 21.10.2021, formulată de ..., în contradictoriu cu

În calitate sa de participantă la procedura de atribuire în cauză, ... a primit din partea autorității contractante adresa nr. 52036 din data de 14.10.2021, prin care i s-a comunicat rezultatul procedurii de achiziție publică pentru lotul 1 și lotul 2. În adresă se precizează că oferta acesteia a fost exclusă din procedura de atribuire în temeiul prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea 98/2016, potrivit căroră:

„(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații:

[...]

g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții 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 sancțiuni comparabile;”,

deoarece în urma evaluării răspunsurilor la solicitările de clarificări trimise către cu privire la prezentarea unor măsuri de autocorectare – în urma certificatelor constatatoare negative – și a documentelor /

justificărilor / dovezilor care să ateste că măsurile corective sunt suficiente pentru a evita neregularitățile menționate, comisia de evaluare a constatat că ofertanta nu a luat măsuri de autocorectare în privința remedierii prejudiciilor menționate în documentele constatatoare.

Împotriva deciziei autorității contractante, comunicată prin adresa nr. 52036 din data de 14.10.2021, ... formulează contestație pentru motivele arătate anterior și solicită:

- anularea adresei nr. 52036 din data de 14.10.2021, adresă comună și identică pentru lotul nr. 1 și lotul nr. 2 și a deciziei înseși, emise de comisia de evaluare, ca fiind nelegală, prin care ... a fost exclusă din procedura de achiziție publică;

- anularea tuturor actelor autorității contractante (proces-verbal, raport etc) care au stat în baza deciziei de excludere și a tuturor actelor subsecvente comunicării adresei atacate, încheiate după excluderea ...;

- anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii;

- obligarea autorității contractante la reevaluarea tuturor ofertelor conforme și acceptabile depuse pentru lotul nr. 1 și lotul nr. 2 cu respectarea principiilor care stau la baza procedurii de achiziție publică, printre care și a ofertei conforme, admisibile și suficiente a

Verificând legalitatea deciziei de excludere a ofertei din procedura de atribuire a lotului 1 și 2, prin prisma celor susținute de contestatoare, Consiliul reține că aceste critici vizează încălcarea de către autoritatea contractantă a prevederilor legale privind obligația acesteia de a evalua măsurile luate de operatorul economic înainte de a proceda la excluderea din procedura de atribuire a acestuia, care ar fi încălcat obligațiile contractuale.

Relevante în situația de fapt dată sunt prevederile:

- art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare potrivit căror:

(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații:

[...]

g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții 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 sancțiuni comparabile;

- art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare potrivit căror:

(8) În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. g) se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări

care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract.

- art. 171 alin. (1)-(3¹) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare potrivit cărora:

(1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 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.

(3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 le poate furniza autorității contractante, în sensul prevederilor alin. (1), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația, și la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite.

(3¹) Autoritatea contractantă evaluează măsurile luate de operatorii economici și dovedite în conformitate cu prevederile alin. (3), ținând seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale infracțiunii sau abaterii avute în vedere.

- art. 166 alin. (1) din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice din 02.06.2016, aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, denumite în continuare Norme metodologice potrivit cărora:

(1) Autoritatea contractantă are obligația de a emite documente constatatoare care conțin informații referitoare la îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către

contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, la eventualele prejudicii [...]

- art. 166 alin. (8) din Normele metodologice potrivit cărora:

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

Drept urmare, în stabilirea legalității actului atacat, Consiliul va avea în vedere dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016, citate mai sus, care stabilesc în ce condiții operează excluderea operatorului economic. Astfel, abordând coroborat cele două texte ale art. 167, Consiliul reține că, pentru a fi incident cazul de excludere arătat, este necesară îndeplinirea cumulativă a următoarelor condiții:

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

- *se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract;*

- *aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.*

Astfel, pentru a decide dacă ... a fost în mod legal exclusă din procedura la lotul 1 și 2, trebuie verificat și stabilit dacă, referitor la executarea de către aceasta a obligațiilor ce îi reveneau în baza contractului încheiat cu ..., s-a făcut vinovată de încălcarea în mod grav sau repetat a obligațiilor sale principale și dacă această presupusă conduită a sa a condus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Din modul de exprimare a legiuitorului, în emiterea dispozițiilor coroborate ale art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016, Consiliul constată că excluderea operează în situația în care sunt îndeplinite cumulativ condițiile amintite, respectiv conduita viciată a operatorului economic, conduită care să fi avut efectele amintite. Este de observat că legiuitorul nu a prevăzut că motivul de excludere operează de drept în situația în care, pentru operatorul economic respectiv, au fost emise documente constatatoare, de natura celor întâlnite în prezenta speță, fără a fi necesare alte verificări.

Este adevărat că legiuitorul nu a condiționat excluderea din procedură, în cazul prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 de existența unei hotărâri judecătorești definitive asupra legalității emiterii unui document constatator, însă important este a observa și că, potrivit aceleiași prevederi, legiuitorul nu a condiționat

excluderea din procedură nici de existența unui document constatator ori a altui asemenea act emis de un client beneficiar al operatorului economic analizat. Mai simplu spus, în textul dispozițiilor coroborate ale art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016, nu se condiționează excluderea operatorului economic de existența unui document constatator emis de vreun beneficiar al acestuia.

Potrivit art. 166 alin. (1) din Normele metodologice, *„Autoritatea contractantă are obligația de a emite documente constatatoare care conțin informații referitoare la îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, la eventualele prejudicii, [...]”*, iar conform alin. (8) al aceluiași articol, *„Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege.”*.

Drept urmare, concluzia la care Consiliul a ajuns în paragraful anterior dispozițiilor citate ale art. 166 din Normele metodologice, este susținută de chiar textele regăsite în această prevedere. Astfel, dacă legiuitorul ar fi dorit ca excluderea operatorului economic să intervină ca efect al existenței pure și simple a unui document constatator emis în baza art. 166 alin. (1) din Normele metodologice, ar fi prevăzut în mod clar această posibilitate. Însă, așa cum este înscris la art. 166 alin. (8) din Normele metodologice, decizia de respingere a unui ofertant pe baza unui document constatator, trebuie să fie precedată de o verificare obligatorie a faptului că acest document *„reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege.”*.

Subliniem faptul că nici din conținutul documentelor constatatoare și nici din textele de lege ce reglementează emiterea și efectele lor, nu rezultă că efectul unor astfel de documente este excluderea viitoare, din alte proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică, a operatorului economic pentru care a fost emise. Astfel, devine lipsit de relevanță dacă documentele constatatoare au fost sau nu anulate de instanța de judecată.

Așadar, determinantă în excluderea din procedură a operatorului economic nu este existența documentului constatator, ci verificarea faptului că acest document reflectă îndeplinirea cumulativă a condițiilor regăsite la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Încă o dată subliniem că excluderea operează numai dacă sunt îndeplinite condițiile prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Mai mult, Consiliul reține faptul că, prin prevederile de la art. 171 alin. (1), (2) și (3) din Legea nr. 98/2016, legiuitorul a stabilit dreptul și posibilitatea operatorului economic de a răsturna concluziile rezultând din incidența unui caz de excludere, prin furnizarea de dovezi care să

arate că măsurile pe care le-a luat sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivul de excludere, în prezența unor astfel de dovezi, pe care autoritatea contractată să le considere suficiente, aceasta având posibilitatea legală de a nu exclude operatorul economic respectiv.

Observăm, aşadar, că legea a reglementat posibilitatea ca, chiar și în condițiile existenței reale a unui caz de excludere, operatorul economic să își poată demonstra, în concret, credibilitatea prin raportare la motivul de excludere, evitând astfel eliminarea sa din competiție.

Având în vedere toate aspectele expuse, Consiliul constată că autoritatea contractantă din prezenta speță nu și-a manifestat rolul activ în verificarea îndeplinirii condițiilor care ar fi determinat, în mod legal, păstrarea ori excluderea din procedură (lotul 1 și 2) a

Văzând că, potrivit dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă este ținută la a stabili dacă sunt întrunite condițiile cumulative, astfel încât, în mod legal să fie decisă excluderea din procedură a operatorului economic, Consiliul constată că, în mod greșit, comisia de evaluare a înțeles să rețină aspectele rezultate din probatoriul administrat, probatoriu care nu susține o decizie de excludere din procedură (lotul 1 și 2) a

Așa cum precizam mai înainte, simpla existență a documentelor constatatoare nu reprezintă motiv valid și legal de excludere a operatorului economic, legea impunând ca situația reflectată de respectivele documente să îndeplinească, în mod cumulativ, condițiile de la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Trebuie menționat faptul că nici examinarea realizată de autoritatea contractantă și nici prezenta motivare nu reprezintă verificări ale legalității documentelor constatatoare, o astfel de verificare fiind, fără îndoială, de competența instanței de judecată.

Demersul autorității contractante, așa cum este analizat în prezenta motivare, nu reprezintă aplicarea dispozițiilor legale coroborate ale art. 166 alin. (8) din Normele metodologice și art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, iar decizia autorității contractante nu corespunde celor reglementate la art. 171 din Legea nr. 98/2016, în mod nelegal și neproportional, autoritatea contractantă stabilind excluderea din competiție a, concluzionând că aceasta se află în situația de excludere prevăzută la art. 176 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Relevante în speța analizată sunt și considerentele Curții de Apel București din decizia nr. 7203 din data de 17.12.2018, potrivit cărora:

„Fiind singura în măsură să aprecieze oportunitatea excluderii din procedură a unui operator economic aflat în această situație, nici consiliul și nici instanța nu pot interveni, decât în măsura în care dispozițiile legale au fost încălcate iar soluția este adoptată cu exces de putere.”

În concluzie, stabilește Consiliul, activitatea autorității contractante cu privire la aceste aspecte este greșită, criticile contestatoarei fiind întemeiate.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul urmează să admită contestația depusă de ..., în contradictoriu cu ..., și să anuleze rezultatului procedurii de achiziție publică pentru lotul 1 și 2 comunicat prin adresa nr. 52036 din data de 14.10.2021, precum și raportul procedurii de atribuire, în partea dedicată ofertei depuse de și actele subsecvente ale raportului procedurii.

În baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare coroborat cu art. 214 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de maximum 10 zile lucrătoare de la primirea deciziei Consiliului, să ducă la îndeplinire măsurile de remediere și anume să reevalueze oferta depusă de pentru lotul 1 și 2, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în considerente, limitele reevaluării potrivit art. 26 alin. (10¹) din Legea nr. 101/2016, constând în verificarea îndeplinirii condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98.2016, măsura concretă pe care o va adopta autoritatea contractantă în cadrul reevaluării fiind verificarea temeinicia a vinovăției ... de încălcarea în mod grav sau repetat a obligațiilor sale principale și dacă această presupusă conduită a sa a condus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate potrivit prevederilor art. 29 și 32 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

Admite contestația formulată de ..., în contradictoriu cu

Anulează rezultatului procedurii de achiziție publică pentru lotul 1 și

2 comunicat prin adresa nr. 52036 din data de 14.10.2021, precum și raportul procedurii de atribuire, în partea dedicată ofertei depuse de ... și actele subsecvente ale raportului procedurii.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de maximum 10 zile lucrătoare de la primirea deciziei Consiliului, să ducă la îndeplinire măsurile de remediere și anume să reevalueze oferta depusă de ... pentru lotul 1 și 2, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în considerente, limitele reevaluării potrivit art. 26 alin. (10¹) din Legea nr. 101/2016, constând în verificarea îndeplinirii condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98.2016, măsura concretă pe care o va adopta autoritatea contractantă în cadrul reevaluării fiind verificarea temeinică a vinovăției de încălcarea în mod grav sau repetat a obligațiilor sale principale și dacă această presupusă conduită a sa a condus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

....

MEMBRU,

...

Redactat practicaua deciziei

....

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