CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ..... / ..... / ....., ...
Data: .....

Prin contestația nr. ...../.., înregistrată la Consiliu cu nr. ...../....., formulată de ..... SA, cu sediul social în ....., str. …, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI ....., în calitate de lider al asocierii ...., reprezentată convențional prin … S.p.a.r.l., cu sediul în ....., b-dul .., sector ....., unde solicită comunicarea actelor de procedură, împotriva rezultatului procedurii, comunicat prin adresa nr. ...../....., emisă de ..... SA, cu sediul în ....., …, sector ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, online, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „.....”, coduri CPV 45233120-6 - Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2), 45221111-3 - Lucrări de construcții de poduri rutiere (Rev.2), 71322500-6 - Servicii de proiectare tehnică pentru infrastructura de transport (Rev.2), s-a solicitat anularea deciziei de excludere a ofertei sale, precum și a tuturor actelor ce stau la baza emiterii acestei decizii, a tuturor actelor concomitente și/sau subsecvente deciziei, precum și a celor conexe luării și transmiterii deciziei de către autoritatea contractantă, reevaluarea documentației și ofertei depuse de asociere prin considerarea documentelor, ce constituie oferta depusă de asociere, ca fiind conforme și suficiente în dovedirea cerințelor documentației de atribuire, precum și suspendarea procedurii de atribuire pana la data soluționării prezentei contestații.

Prin contestația înregistrată la CNSC cu nr. ...../....., formulată de asocierea …, formată din …, societate de naționalitate s.., cu sediul în .., înregistrată la Registrul Comerțului Barcelona sub nr. .., cod fiscal ..

și .., cu sediul social în ....., str. .., sector ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. .., având CUI .., reprezentată convențional prin avocat …, în cadrul aceleiași proceduri desfășurată de ..... SA, în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat admiterea prezentei contestații și obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de evaluare a ofertei sale.

În temeiul art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, cele două contestaţii au fost conexate.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (.....) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația nr. ...../…, înregistrată la CNSC cu nr. ...../....., formulată de ..... SA în calitate de lider al asocierii ..... … SRL și contestația înregistrată la CNSC cu nr. ...../....., formulată de asocierea … SRL, prin care s-au solicitat cele indicate în partea introductivă a deciziei.

În ceea ce privește prima contestație, ... SA consideră nejustificată decizia CNAIR de excludere a ofertei asocierii contestatoare din cadrul procedurii de achiziție publică, întrucât nu au fost întrunite cazurile de excludere reglementate de prevederile art. 167 alin. (.....) lit. g) și h) coroborate cu prevederile art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016.

Apreciază că nu sunt conforme realității mențiunile cuprinse în documentul constatator nr. 29374/25.07.2017 emis de Primăria Municipiului .. pe numele asocierii .., contractant în cadrul contractului de lucrări nr. 33268/03.10.2014, mențiuni potrivit cărora asocierea nu și-ar fi îndeplinit în mod corespunzător obligațiile contractuale, fiind de asemenea eronate clarificările oferite de autoritatea emitentă a documentului constatator în sensul că asocierea *„nu a îndeplinit în mod corespunzător contractul în sensul că pe parcursul executării contractului au fost subcontractate fără acordul prealabil al beneficiarului părți importante din lucrare, fapt ce a condus la rezilierea contractului nr. …/03.10.20..”.*

Apreciază că documentul constatator nr. .. din data de .. nu este apt să ateste faptul că .. a încălcat în mod grav și repetat obligațiile contractuale principale.

În primul rând, arată că documentul constatator este irelevant din punct de vedere juridic față de prezenta procedură de achiziție publică și nu produce efecte juridice prin simpla sa existență.

În acest sens, arată că publicarea în SEAP a unui astfel de document unilateral, care cuprinde strict poziția subiectivă a unei alte autorități contractante, nu este apt să conducă în mod automat și cu certitudine la

concluzia că … este răspunzătoare de încălcarea în mod grav și repetat a obligațiilor contractuale principale într-un raport contractual anterior.

Prin urmare, apreciază că o eventuală decizie de excludere din cadrul unei proceduri de achiziție publică întemeiată exclusiv pe un asemenea document unilateral ar fi artificială și abuzivă, încălcând dispozițiile legale din materia controlului efectuat asupra competitorilor eligibili în cadrul procedurilor de achiziție publică prevăzute de Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

În măsura în care autoritatea contractantă apreciază că există indicii cu privire la existența unui caz de încălcare în mod grav și repetat a obligațiilor contractuale principale de către participantul la procedura de achiziție publică, aceasta are obligația de a efectua un control efectiv și propriu în vederea clarificării acestui aspect și, numai în urma acestei verificări prealabile, concrete poate decide, după caz, excluderea participantului vizat de la procedura de achiziție publică.

Obligația de efectuare a unui control propriu de către autoritatea contractantă în ipoteza excluderii unui operator economic din cadrul licitației, în temeiul unui document constatator emis anterior de către altă autoritate contractantă, are rolul de a preveni respingerile abuzive ale ofertelor.

Contestatoarea face trimitere la prevederile art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016, care stabilește faptul că „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. (.....) lit. g) din Lege”.

Subliniază obligativitatea comisiei de evaluare de a avea în vedere jurisprudența europeană în situația incidenței unui astfel de eventual motiv de excludere, făcând trimitere la hotărârea CJUE din 13 decembrie 2012, în cauza C 465/11, în procedura Forposta SA, ABC Direct Contact sp. z o.o. împotriva Poczta Polska SA, potrivit căreia, Curtea de Justiție a stabilit ce se înțelege prin noțiunea de *„abatere gravă”*.

Menționează că legalitatea documentului constatator este pusă la îndoială și face în prezent obiectul controlului instanțelor de judecată și se consideră deplin îndreptățită să declare faptul că … nu este răspunzătoare de nerespectarea obligațiilor într-un raport contractual anterior, iar simpla existență a documentului constatator nu este în măsură să infirme cele declarate și cu atât mai puțin să determine excluderea sa din cadrul prezentei proceduri de achiziție publică.

Apreciază că mențiunile din cuprinsul documentului constatator, chiar și dacă ar reflecta realitatea, nu se circumscriu cazului de excludere reglementat de art. 167 alin. (.....) lit. g) privind încălcarea în mod grav sau repetat a obligațiilor contractuale principale.

Contestatoarea arată că ipotezele de excludere a unui operator economic de la procedura de achiziție publică sunt expres și limitativ

prevăzute de dispozițiile art. 164 - art. 171 din Legea nr. 98/2016 și solicită să se observe că … nu se încadrează în niciunul dintre cazurile de excludere prevăzute de lege.

Indică modul în care este definită de lege noțiunea de încălcări grave, respectiv face trimitere la prevederile art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016: „în sensul dispozițiilor alin. (.....) lit. g) se considera 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 in contract".

Față de cele citate mai sus, contestatoarea subliniază că, și dacă s-ar presupune ipotetic ca acestea reflectă realitatea, se poate observa o gravitate vădit redusă, care nu ar putea atrage calificarea conduitei sale drept încălcare gravă conform dispozițiilor anterior evocate.

Critică conținutul documentului constatator invocat de autoritatea contractantă ca motiv de excludere, în sensul că nu este completat la rubricile obligatorii ce servesc la aprecierea conduitei contractuale a operatorului economic, ci se rezumă la a preciza, în mod incomplet aspecte generice, respectiv că respectivul contract nu a fost executat în mod corespunzător, fără a motiva în concret în ce a constat neexecutarea contractului, că a intervenit rezilierea contractului, însă nu este precizat și nici nu rezultă din cuprinsul său care a fost motivul care a determinat rezilierea și în ce mod a operat aceasta, iar cu privire la prejudiciu nu s-a indicat dacă acesta este efectiv produs sau eventual.

Subliniază că autoritatea contractantă nu a făcut niciun demers legal pentru recuperarea acestui presupus prejudiciu, nu a introdus acțiune în instanță și nici nu a formulat cerere reconvențională în dosarul nr. .., existent pe rolul instanțelor de judecată, în care are calitatea de pârâtă.

Face aprecieri asupra rezilierii contractului și arată că decizia de reziliere a contractului a fost comunicată de către beneficiar prin adresa nr. 1582 din data de 07.06.2017, fiind întemeiată pe dispozițiile clauzei 23.6 din contract: *„orice schimbare a subcontractorului fără aprobarea în prealabil în scris a achizitorului sau orice încredințare a serviciilor/lucrărilor de către subcontractant către terțe părți va fi considerată o încălcare a prezentului contract",* iar raportate la dispozițiile clauzei 26.3 lit. a) din contract: *„suplimentar față de cauzele de încetare definite mai sus, achizitorul poate rezilia contractul cu efecte depline (de jure) după acordarea unui preaviz de 15 zile executantului, fără necesitatea unei alte formalități și fără intervenția vreunei autorități sau instanțe de judecată, în oricare din situațiile următoare, dar nelimitându-se la acestea: a) executantul nu execută contractul în conformitate cu obligațiile asumate".*

În prezent, nelegalitatea notificării de reziliere, a actelor subsecvente acesteia, precum și repararea prejudiciului cauzat contestatoarei fac obiectul dosarului nr. … aflat pe rolul Tribunalului ...

Subliniază că autoritatea beneficiară a apreciat în mod eronat că asocierea al cărei lider era contestatoarea a procedat la înlocuirea unui subantreprenor, cu susținerea că au fost încălcate prevederile clauzei 23.6 din contract, întrucât presupusul terț subcontractant (societatea Ecoterm SRL) era în realitate un furnizor de bunuri care oferea și prestarea serviciului de montare a bunului furnizat (în speță fiind vorba de aparatura de termo-ventilație). Terțul era angajat în temeiul unui contract distinct de furnizare încheiat, în mod valabil, potrivit clauzelor contractului cu autoritatea beneficiară și despre care aceasta avea cunoștință.

Astfel, în realitate, operațiunea juridică în care a fost angajat terțul nu a fost aceea de înlocuire a unui subantreprenor. Mai mult, arată că la data de 01.03.2016 (rezilierea survenind la ...2017), beneficiarul cunoștea existența în șantier a societății … SRL, pe care a acceptat-o ca prestator de servicii, predând frontul de lucru către acesta prin procesul-verbal nr. .. din .. cu antet .. SRL, unde constructorul a semnat în calitate de antreprenor general, iar predarea efectivă a fost realizată de către autoritatea beneficiară.

Subliniază că decizia de reziliere a fost dispusă printr-o greșită interpretare a prevederilor contractuale, iar prin adresa nr. .. din data de .. i-a fost formal solicitată natura relației contractuale cu .. SRL, iar de la această dată și până la rezilierea contractului au trecut 10 luni, perioadă în care a fost încheiat și actul adițional nr. 7 din data de .. de prelungire a perioadei de execuție pana la data de ...

În acest interval (…), lucrările au fost suspendate la solicitarea beneficiarului din lipsa serviciilor de dirigenție de șantier, iar contestatoarea subliniază că nu au fost executate lucrări de instalații mecanice ca urmare a lipsei de fronturi de lucru, aspect ce se poate observa și din constatarea emisă de IJC .. prin procesul-verbal nr. .. din data de .., transmis de către beneficiar prin adresa nr. … din data de .., în care se face referire la infiltrațiile de apă și lipsa închiderii construcției.

Contestatoarea apreciază că toate aceste aspecte nu pot fi puse în sarcina antreprenorului general, acestea fiind contractate de către beneficiar în mod direct cu o societate terță, dar fără a exista o predare a frontului de lucru sau o autorizație de construcție.

Ulterior acestui moment, autoritatea beneficiară a notificat societatea de asigurări pretinzând cauzarea unor prejudicii materiale în cuantum de 2.345.299,07 lei. La rândul sau, contestatoarea susține că societatea de asigurări a solicitat clarificări de la beneficiar cu privire la natura daunelor și modul de calcul al acestora. Subliniază că autoritatea beneficiară nu a răspuns nici până la acest moment la solicitarea de clarificări a societății de asigurări.

De asemenea, astfel cum a precizat anterior, autoritatea emitentă a documentului constatator nu a comunicat direct contestatoarei faptul ca a fost cauzat un astfel de prejudiciu și nici nu a solicitat plata acestei sume.

Prin urmare, consideră că atât timp cât instanța nu a statuat prin hotărâre definitivă asupra acestor aspecte, mențiunile documentului constatator, precum si justificările subiective ale emitentei sunt incerte sub aspectul veridicității și irelevante din punct de vedere juridic, inclusiv față de prezenta procedură de achiziție publică.

Față de aspectele menționate mai sus, contestatoarea arată că nu poate fi reținut nici motivul de excludere reglementat de art. 167 alin. (.....) lit. h), întrucât în niciun raport contractual atribuit anterior, implicit nici în cel finalizat cu emiterea documentului constatator, nu și-a încălcat obligațiile contractuale și a executat întocmai și la termen sarcinile stabilite. Astfel, subliniază că nu se poate aprecia niciun moment că .. (și implicit asocierea contestatoare) a furnizat autorității contractante declarații false.

În vederea justei soluționări a prezentei cauze, contestatoarea arată că, la acest moment, nu s-a stabilit existența unui prejudiciu de către o instanță judecătorească, singura competentă să constate existența și cuantumul acestuia. În prezent, mențiunile din cuprinsul documentului constatator, respectiv nerespectarea obligațiilor contractuale, legalitatea rezilierii contractului și pretinsa cauzare a prejudiciului, fac obiectul dosarului nr. .. aflat pe rolul Tribunalului ...

De asemenea, contestatoarea arată că legalitatea emiterii documentului constatator este analizată în cadrul dosarului nr. …, aflat pe rolul Tribunalului ....., având ca obiect acțiunea în anularea actului administrativ.

Contestatoarea ..... SA a formulat concluzii scrise prin adresa nr. ../17.01....., înregistrate la Consiliu sub nr. ../17.01....., prin care reiterează cele expuse în cuprinsul contestației sale.

Subliniază faptul că documentul constatator nr. ../.. nu este apt să probeze faptul că ar fi încălcat în mod grav și repetat obligațiile contractuale principale.

Totodată, simpla publicare în SEAP a unui astfel de document unilateral, care cuprinde strict poziția subiectivă a unei alte autorități contractante nu este o dovadă aptă care să conducă la excluderea sa din procedura de atribuire.

Autoritatea contractantă a formulat punctul de vedere față de contestația ..... SA, prin adresa nr. ../....., înregistrat la Consiliu sub nr. …......, prin care solicită respingerea contestației ca nefondată.

Autoritatea contractantă arată că a respectat prevederile art. 167 din Legea nr. 98/2016, iar pentru ofertanții participanți, comisia de evaluare a verificat în cadrul platformei SEAP existența documentelor constatatoare emise pe numele ofertanților, iar în urma interogării platformei SEAP, pentru operatorul economic ..... SA, a fost identificat

documentul constatator nr. .., emis de Primăria Municipiului .., pentru neîndeplinirea în mod corespunzător a contractului nr. .. "lucrări de construcții în cadrul proiectului Reabilitare și Modernizare baza de agreement ..". Precizează că acest contract a fost semnat între Primăria Municipiului ..a și asocierea SC ...

Astfel, comisia de evaluare a solicitat ofertantului să clarifice încadrarea/neîncadrarea în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (.....) lit. g) din Legea nr. 98/2016 și să prezinte, totodată, dacă este cazul, documente edificatoare în susținerea justificărilor oferite.

În cadrul răspunsului nr. .., ofertantul a precizat că documentul constatator nr. .. emis de Primăria Municipiului … pentru asocierea … SRL a fost contestat pentru nelegalitate și face în prezent obiectul controlului de legalitate efectuat de instanța de judecată.

Prin adresa înregistrată la CNAIR SA cu nr. .., Primăria Municipiului .. a transmis că: *"în data de 07.06.2017 am notificat constructorul, respectiv Asocierea .. cu privire la rezilierea contractului de lucrări nr. .., [...] având în vedere că pe parcursul executării contractului au fost subcontractate fără acordul prealabil al beneficiarului părți importante din lucrare..".*

Astfel, analizând răspunsul și documentele transmise de către ofertant, precum și informațiile furnizate de către Primăria Municipiului .. prin adresa nr. ../07.12.2017, comisia de evaluare a concluzionat ca ofertantul nu a prezentat argumente care să demonstreze faptul că documentul constatator nr.. a fost suspendat sau anulat, conform Legii Contenciosului administrativ nr. 554/2004.

Autoritatea contractantă apreciază că oferta depusă de contestatoare intră sub incidența prevederilor art. 167 alin. (.....) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

În analiza cazului de excludere, autoritatea contractantă a constatat că, în cadrul DUAE depus pentru ofertantul asociat ..... SA, în partea III "Motive de excludere" - secțiunea C "Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale", la ambele subsecțiuni "operatorul economic se face vinovat de o abatere profesionala gravă?" și "operatorul economic se află 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 bifat "NU".

Având în vedere cele expuse mai sus, comisia de evaluare a constatat că oferta depusă de contestatoare intră sub incidența prevederilor art. 167 alin. (.....) lit. g), h) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

Totodată, autoritatea contractantă subliniază că a avut în vedere încadrarea în prevederile legale anterior menționate, precum și atribuțiile restrânse ale comisiei de evaluare, în sensul că nu deține autoritatea unei

instanțe judecătorești pentru a stabili legalitatea unui document constatator negativ emis de o autoritate contractantă, în consecință aceasta a decis excluderea contestatoarei din procedura de atribuire.

Reiterează faptul că decizia comisiei de evaluare a fost întemeiată pe expunerile părților, nu doar pe conținutul documentului constatator, acestea fiind analizate de comisia de evaluare cu aplicarea corespunzătoare a prevederilor legale incidente.

Prin contestația înregistrată la CNSC cu nr. ...../....., formulată de asocierea … SRL s-au solicitat cele indicate în partea introductivă.

Solicită să se constate faptul că excluderea sa din procedura de achiziție publică s-a realizat exclusiv în baza informațiilor din cuprinsul certificatului constatator nr. .. emis de .. pe numele contestatoarei în legătură cu proiectul *„modernizarea stațiilor de cale ferată .."*.

Critică soluția de excludere din procedură pe considerentul că situația reflectată în document, respectiv o pretenție a autorității contractante cu privire la penalitățile de întârziere, care ar fi datorate de contestatoare în legătură cu executarea lucrărilor nu reprezintă în sine un caz de excludere, nici potrivit Legii nr. 98/2016, nici potrivit Directivei 2014/24.

Astfel, potrivit art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016 *„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*".

Arată că dispozițiile art. 67 alin. (.....) și (4) din Directiva 2014/24 nu reglementează această situație drept un motiv de excludere din procedura de achiziție.

Or, nefiind vorba despre o cauză de excludere automată, atunci aprecierea pe care autoritatea contractantă poate să o facă trebuie circumscrisă principiilor limitării în timp a cazurilor de excludere, respectiv proporționalității, astfel cum rezultă din considerentele de la paragraful 101 al Directivei, respectiv, *„ținând seama de faptul că autoritatea contractantă va fi responsabilă pentru consecințele eventualei sale decizii eronate, autoritățile contractante ar trebui, de asemenea, să dispună în continuare de libertatea de a considera că a existat o abatere profesională gravă, în cazul în care, înainte de luarea unei decizii finale și obligatorii privind prezența motivelor obligatorii de excludere, pot demonstra, prin orice mijloace adecvate, că operatorul economic a încălcat obligațiile care îi revin, inclusiv obligațiile legate de plata impozitelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale, cu excepția unor dispoziții contrare dreptul intern. Acestea ar trebui, de asemenea, să fie în măsură să excludă candidați sau ofertanți a căror performanță în alte contracte de achiziții publice din trecut a arătat deficiențe majore în ceea ce privește cerințele de fond, de exemplu, nerespectarea obligației de a*

furniza sau de a executa, deficiențe semnificative ale produsului sau ale serviciului furnizat, ceea ce le face inutilizabile pentru scopul propus, sau un comportament necorespunzător care aruncă îndoieli serioase cu privire la fiabilitatea operatorului economic. Legislația națională ar trebui să prevadă o durată maximă pentru aceste excluderi. Atunci când aplică motive facultative pentru excludere, autoritățile contractante ar trebui să fie atente în mod special la principiul proporționalității. Neregulile minore ar trebui să ducă la excluderea unui operator economic doar în circumstanțe excepționale. Cu toate acestea, cazurile repetate de nereguli minore pot arunca asupra fiabilității unui operator economic un dubiu care ar putea justifica excluderea lui".

Față de cele expuse mai sus, contestatoarea solicită să se observe că documentul respectiv nu face dovada clară a unei abateri contractuale, întrucât, pe de o parte, este contrazis de conținutul altor documente anterioare provenind din partea aceleiași autorități contractante, .. și, pe de altă parte, face obiectului unei proceduri judiciare în curs (dosarele .. se găsesc pe rolul instanțelor de judecată de contencios administrativ și fiscal).

Solicită să se constate că documentul constatator invocat în probarea deciziei de excludere a fost emis cu depășirea termenului legal. Astfel, potrivit prevederilor art. 97^1 din HG nr. 925/2006 (aplicabilă contractului respectiv), documentul constatator se emite în termen de 14 zile de la data procesului-verbal de recepție la terminarea lucrărilor.

Contestatoarea menționează că în cazul proiectului *„Gara .."*, procesul-verbal de recepție la terminarea lucrărilor a fost încheiat la data de 16.07…, în timp ce documentul constatator a fost emis la 15.01… sau chiar 21.01….

Totodată, arată că la momentul încheierii procesului-verbal de recepție la terminarea lucrării pentru respectivul obiectiv, la .., … nu e emis nicio pretenție cu privire la vreo întârziere în executarea lucrărilor. În acest context, reiterează faptul că, potrivit art. 30 din capitolul II denumit *„recepția la terminarea lucrărilor”* din HG 273/1994: *"după acceptarea recepției de către investitor, cu sau fără obiecții, acesta nu mai poate emite alte solicitări de remediere de lucrări, penalizări, diminuări de valori și alte asemenea, decât cele consemnate în procesul - verbal de recepție. Fac excepție viciile ascunse descoperite în termenul stabilit conform legii".*

Subliniază că la momentul finalizării lucrărilor la obiectivul respectiv, nu existau pretenții cu privire la eventuale întârzieri în efectuarea lucrărilor la „Gara …", acestea fiind emise mult după finalizarea lucrărilor.

Factura de penalități invocată în adresa prin care a fost înștiințată de existența acestora a fost emisă la data de 12.07.20.., adică la doi ani de la data recepției la terminarea lucrărilor.

Subliniază poziția inconsecventă și contradictorie a …, precum și faptul că, în cadrul proiectului respectiv, antreprenorul a formulat nu mai

puțin de .. revendicări de prelungire a duratei de execuție a lucrărilor, întemeiate atât pe cauze meteorologice, cât și pe deficiențe ale proiectului pus în executare, la data de 23.08.2016, iar față de aceste aspecte, contestatoarea .. SA a inițiat o acțiune în fața instanței de contencios administrativ (dosar ..2016), prin care a solicitat instanței de judecată constatarea caracterului abuziv al pretențiilor ...

Față de aceste aspecte de fapt și de drept, contestatoarea arată că, până la pronunțarea unei hotărâri judecătorești definitive în cauză, susținerile … cu privire la existența unui întârzieri imputabile nu au un caracter definitiv.

Nu în ultimul rând, în considerarea principiului proporționalității, care ar trebui să primeze atunci când se analizează o posibilă cauză de excludere dintr-o procedură de achiziție, face precizarea că, în ciuda pretinselor penalități de întârziere pe care le-ar datora .., contestatoarea susține că a realizat proiectul *„Gara .."* cu un buget de 30.685.247,16 lei (fără TVA), ceea ce reprezintă 83% din valoarea agreată a contractului, de 36.821.326,76 lei (fără TVA).

Autoritatea contractantă a formulat un punct de vedere față de contestația Asocierii .. SRL prin adresa nr. 2834/18.01....., înregistrat la Consiliu sub nr. ..18.01....., prin care a solicitat respingerea acestei contestații ca nefondată.

Și în cazul acestei contestații, autoritatea contractantă susține ca a respectat prevederile art. 167 din Legea nr. 98/2016 și a verificat în cadrul platformei SEAP ('www.e-licitatie.ro') - rubrica *"documente constatatoare"*, existența unor documente constatatoare emise pe numele ofertanților.

Arată că în urma interogării platformei SEAP a fost identificat documentul constatator nr. .. emis de ..” - S.A. pentru asocierea .., acesta având calitatea de contractant în cadrul contractului de lucrări *“modernizarea stațiilor de cale ferată .. modernizarea stației de cale ferata ..”*, document emis pentru neîndeplinirea în mod corespunzător a contractului.

Autoritatea contractantă susține că a analizat conținutul documentului constatator care atestă faptul că respectivul contract nu ar fi fost îndeplinit corespunzător și a solicitat ofertantului să clarifice încadrarea/neîncadrarea în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (.....) lit. g) din Legea nr. 98/2016, prezentând totodată, dacă este cazul, documente în susținerea justificărilor oferite.

Față de această solicitare de clarificări, contestatoarea a răspuns prin adresa nr. ../23.11.2017, în sensul că documentul constatator a fost emis de către .. SA având la bază în mod exclusiv interpretarea autorității contractante cu privire la existența unor întârzieri imputabile antreprenorului, iar pretinsele întârzieri fac obiectul unui litigiu aflat pe rolul Tribunalului ....., iar pretinsa nerespectare a contractului nu ar avea un caracter grav, în sensul art. 167 alin. (8) din Legea 98/2016,

întrucât nu se referă la neconformități majore de natură a face lucrarea improprie folosirii.

În vederea clarificării aspectelor incluse în documentul constatator nr. .., comisia de evaluare a solicitat informații suplimentare prin adresa nr. .. transmisă către .. SA referitoare la cauzele care au dus la emiterea documentului constatator nr. …, cu detalierea motivelor ce au condus la această situație, dacă există prejudicii aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului, cu indicarea impactului și/sau a cuantumului acestora și precizarea expresă a faptului dacă reprezintă încălcări grave sau repetate ale obligațiilor principale ce îi reveneau în cadrul contractului, iar dacă aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile, și dacă …, care sunt acestea.

Totodată, s-a solicitat să se precizeze dacă motivele care au dus la emiterea documentului constatator mai sus menționat, reprezintă încălcări grave ale obligațiilor contractuale, în lumina prevederilor art. 167, alin (8) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, respectiv *„neexecutarea contractului, livrarea/ prestarea/ executarea unor produse/ servicii/ lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract*".

Prin adresa nr. .., înregistrată la .. cu nr. 92/96587/12.12.2017, CNCF „.." SA a adus la cunoștința comisiei de evaluare următoarele: „dat fiind faptul că recepția lucrărilor (cu obiecțiuni) a avut loc după termenul contractual agreat (14.12.2013), respectiv la data de 16.12.2014, beneficiarul ... a decis să îi aplice antreprenorului penalități de întârziere, conform sub-clauzei 8.7. din contract. [...]. .. a emis, conform prevederilor contractului de lucrări nr. 24/17.02.2012, factura nr. 0100023566 din data de 12.07.2017, în valoare de 5.523.199,01 lei, reprezentând contravaloare penalități de întârziere în execuția proiectului. Antreprenoul .. - Sucursala ..... a returnat factura de penalități, refuzând plata acesteia.

Totodată, a fost executată parțial (50%) garanția de bună execuție (suma de 552.319,90 lei), în data de 18.11.2016, ca urmare a neîndeplinirii obligațiilor contractuale de către antreprenor, respectiv neachitarea penalităților de întârziere în execuția contractului".

Având în vedere răspunsul și documentele transmise de către ofertant, precum și informațiile transmise de către …" SA prin adresa nr. …, autoritatea contractantă arată că ofertantul nu a prezentat argumente care să demonstreze faptul că documentul constatator nr. .. emis de .." - SA a fost suspendat sau anulat, conform prevederilor art. 14 din Legea Contenciosului administrativ nr. 554/2004.

Față de aceste aspecte, autoritatea contractantă subliniază că, în mod legal, oferta depusă de asocierea … SRL intră sub incidența prevederilor art. 167 alin. (.....) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

Totodată, autoritatea contractantă susține că a constatat că în cadrul DUAE depus pentru ofertantul asociat … SA, ca și în cazul contestației anterioare, ofertantul a bifat că nu se face vinovat de o abatere profesionala gravă și că nu se află 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.

Comisia de evaluare a constatat că oferta depusă de asocierea .. SRL intră sub incidența prevederilor art. 167 alin. (.....) lit. h) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

Menționează că ofertantul asocierea …SRL se încadrează în prevederile art. 167 alin. (.....) lit. g), h) coroborat cu art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016 și art. 169 din Legea nr. 98/2016.

Autoritatea contractantă aduce apărări contrare afirmațiilor contestatoarei potrivit cărora *„excluderea subscrisei din procedura de achiziție publică s-a realizat exclusiv în baza informațiilor dobândite de comisia de evaluare din cuprinsul documentului constatator nr. .. emis de .. [...]”*, în sensul că, a solicitat clarificări atât contestatoarei cât și autorității contractante emitente a documentului constatator, iar decizia de excludere a fost întemeiată pe susținerile părților.

În ceea ce privește cele două litigii invocate de contestatoare, respectiv dosarele nr. 31848/3/2016 și nr. 38376/3/2016, autoritatea contractantă menționează că, din informațiile publicate pe portalul instanțelor de judecată, se poate observa că Tribunalul ..... a suspendat soluționarea cauzei în dosarul nr. 38976/2/2016 până la soluționarea definitivă a dosarului nr. 31484/3/2016, iar în cazul dosarului 31484/3/2016, soluția pronunțată de instanță a fost în sensul inadmisibilității acțiunii, soluție recurată la data de 30.10.2017. Arată că instanța de recurs nu a stabilit încă un termen de judecată.

Cu privire la afirmațiile că .. *„nu a emis nicio pretenție cu privire la vreo întârziere în executarea lucrărilor*", autoritatea contractantă susține că a analizat conținutul procesului-verbal de recepție la terminarea lucrărilor, anexat contestației, și se poate observa că la pct. 4 se fac următoarele mențiuni *„în raport de prevederile art. 30 din HG 273/1994, beneficiarul va putea și ulterior încheierii și aprobării acestui proces verbal și fără nicio limitare ce ar putea fi generată de încheierea acestuia - de a face uz de clauzele contractuale asumate de părți, cu referire exemplificativă la exercitarea dreptului de a pretinde plata unor penalități, oricare ar fi natura acestora".*

Autoritatea contractantă susține că nu există niciun impediment pentru autoritatea contractantă ca, ulterior încheierii procesului verbal de recepție, să facă uz de clauzele contractuale, inclusiv în ceea ce privește aplicarea unor penalități, indiferent de natura acestora.

Subliniază faptul că nu pretenția autorității contractante cu privire la penalitățile de întârziere în executarea lucrărilor reprezintă motivul de excludere, ci faptul că din documentul constatator reiese cu claritate că nu a fost îndeplinit în mod corespunzător contractul, motivul fiind nerespectarea termenelor contractuale de executare a lucrărilor, din culpă.

Invocă atribuțiile restrânse ale comisiei de evaluare, în sensul că nu deține autoritatea unei instanțe judecătorești pentru a stabili legalitatea unui document constatator negativ emis de o autoritatea contractantă.

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

În vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect ....., coduri CPV 45233120-6 - Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2), 45221111-3 - Lucrări de construcții de poduri rutiere (Rev.2), 71322500-6 - Servicii de proiectare tehnică pentru infrastructura de transport (Rev.2), ... SA, în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă online. Conform anunțului de participare nr. ...../....., data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită pentru 18.09.2017, ora 16.00. Valoarea estimată a contractului este de 210.627.629 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț."

Împotriva deciziei de respingere a ofertelor depuse în cadrul procedurii, ... SA, în calitate de lider al asocierii ..... SA – … SRL (denumită în continuare ..... SA) și asocierea … SRL au formulat prezentele contestații, ulterior parcurgerii procedurii prealabile a notificării autorității contractante.

Capătul de cerere privind suspendarea procedurii cuprins în contestația formulată de ..... SA a fost respins ca nefondat prin Încheierea nr. 20/...../...../.....

Având a soluționa contestația formulată de ..... SA, Consiliul constată că oferta depusă de asocierea din care face parte societatea contestatoare a fost exclusă din procedură, după cum rezultă din procesul - verbal nr. … / ..... de consemnare a răspunsurilor la solicitările de clarificări privind formularele DUAE și închidere etapa DUAE, fiind incidente prevederile art. 167 alin. (.....) lit. g) și h) coroborat cu art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016 și ținând cont de prevederile art. 169 din Legea nr. 98/2016.

Pentru a decide astfel, comisia de evaluare a avut în vedere cele identificate în cadrul platformei SEAP, la rubrica „Documente constatatoare", respectiv existența documentului constatator nr. 29374/25.07.2017 emis de Primăria Municipiului … pentru asocierea ..... SA – SC … SRL, acesta având calitatea de contractant în cadrul contractului de lucrări nr. … „lucrări de construcții în cadrul proiectului Reabilitare și modernizare baza de agrement …."

Prin fişa de date a achiziţiei, la cap. III.2.....a) Situația personală a candidatului sau ofertantului, autoritatea contractantă a solicitat:

„[...] *III. Ofertantul unic/Ofertantul asociat/Subcontractantul/Tertul sustinator* ***trebuie sa demonstreze ca nu se incadreaza in prevederile art. 167 din Legea nr. 98/ 2016****.*

In acest sens, Ofertantul unic/Ofertantul asociat/Subcontractantul/Tertul sustinator va completa DUAE - Partea III "Motive de excludere" - Sectiunea C "Motive legate de insolventa, conflicte de interese sau abateri profesionale".

[...]

Nota 5: Autoritatea contractanta ***va exclude un operator economic*** *in orice moment al procedurii de atribuire* ***in care ia la cunostinta ca operatorul economic se afla****, avand in vedere actiunile sau in actiunile savarsite inainte sau in cursul procedurii,* ***in una dintre situatiile prevazute la art. 164, 165 si 167, de natura sa atraga excluderea din procedura de atribuire****.”*

Prin DUAE prezentat în procedură, la 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,* ofertantul a bifat ***NU****.*

Din lecturarea documentului constatator, Consiliul observă că la rubrica *contractul a fost îndeplinit în mod corespunzător* este bifat ***NU****,* la litera f) *rezilierea contractului* este completat ***DA****,* iar la rubrica denumită *prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului (dacă este posibil cuantificarea valorică a acestora)* s-a consemnat suma de **2.345.299,70 lei**.

În sensul lămuririi asupra aspectelor de mai sus, comisia de evaluare a solicitat ofertantului, prin intermediul adresei nr. 1213/9921/21.11.2017 să clarifice încadrarea/neîncadrarea în situația de excludere, prevăzută la art. 167 alin. (.....) lit. g) din Legea nr. 98/2016, pentru cei doi operatori economici (în discuție fiind și documentul constatator identificat pentru asociatul … SRL, asupra căruia, însă, autoritatea s-a edificat în urma clarificărilor, nefiind reținut ca și motiv de excludere a ofertei asocierii), prezentând totodată, dacă este cazul, documente edificatoare în susținerea justificărilor oferite.

În cadrul răspunsului nr. 7338/24.11.2017, asocierea ofertantă a arătat, în referire la documentul constatator nr. ..... emis în data de 25.07.2017 (înregistrat cu nr. 29374/25.07.2017), că acesta „nu este apt să ateste faptul că subscrisa ne facem vinovați de o abatere profesională gravă.

[...]

Aspectele menționate în cuprinsul Documentului constatator, chiar și dacă ar reflecta realitatea, nu constituie abatere disciplinară gravă potrivit legii și nu pot atrage excluderea subscrisei de la procedura de achiziție.

[...]

În prezent, nelegalitatea notificării de reziliere, a actelor subsecvente acesteia, precum și repararea prejudiciului cauzat subscrisei fac obiectul dosarului nr. … aflat pe rolul Tribunalului Vâlcea.

[...]

De asemenea, legalitatea emiterii Documentului constatator este analizată în cadrul dosarului nr. .. aflat pe rolul Tribunalului ..... având ca obiect acțiunea în anularea actului administrativ, dosar ce nu a fost soluționat de instanța de judecată."

Totodată, prin intermediul răspunsului, ofertantul a adus clarificări asupra faptelor și împrejurărilor care au condus la emiterea documentului constatator nr. ...../25.07.2017, fiind prezentate argumente în susținerea nelegalității deciziei de reziliere a contractului.

În vederea clarificării aspectelor incluse în documentul în discuție, comisia de evaluare s-a adresat și emitentului acestuia, respectiv PRIMĂRIEI …, fiind solicitate prin intermediul adresei nr. …, următoarele informații:

„(..) care au fost cauzele ce au dus la emiterea Documentului constatator nr. .. prin care se menționează îndeplinirea necorespunzătoare a contractului de lucrări nr. … – lucrări de construcții în cadrul proiectului Reabilitare și modernizare baza de agrement …?

- *dacă există prejudicii aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului, și dacă da, care este impactul și/sau cuantumul acestora?*
- *dacă motivele care au dus la emiterea documentului constatator mai sus menționat reprezintă încălcări grave sau repetate ale obligațiilor principale ce îi reveneau în cadrul contractului, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune interese sau alte sancțiuni comparabile, și dacă Da care sunt acestea?*
- *dacă motivele care au dus la emiterea documentului constatator mai sus menționat, reprezintă încălcări grave ale obligațiilor contractuale, în conformitate cu prevederile art. 167, alin. (8) din legea nr. 98/2016* [...]*."*

Prin adresa înregistrată cu nr. .., PRIMĂRIA MUNICIPIULUI .. a transmis următorul răspuns:

„În data de 07.06.2017 am notificat constructorul, respectiv Asocierea SC .. SRL cu privire la rezilierea contractului de lucrări nr. .., [...] avand in vedere ca ***pe parcursul executării contractului au fost subcontractate fara acordul prealabil al Beneficiarului parti importante din lucrare.***

Astfel, ca urmare a rezilierii contractului, a fost emis in data de 25.07.2017 documentul Constatator nr. ...../29374. Acesta a fost transmis asocierii SC … SRL in data de .. si primit de către acesta in data de 02.08.2017.

[...].

Totodată, .. a comunicat că prin cererea de chemare in judecata depusă la Tribunalul … SRL, a solicitat anularea notificării de reziliere [...] anularea tuturor actelor subsecvente emise drept urmare rezilierii invocate. [...] pana la data prezentei nu a fost finalizat litigiul care face obiectul dosarului nr. ….

[...] prin cererea de chemare in judecata depusa la Tribunalul ..... SC .. SRL a contestat documentul constatator nr ...../.. emis in data de ..."

În analiza argumentelor prezentate, Consiliul reține ca relevante prevederile art. 167 alin. (.....) lit. g) din Legea nr. 98/2016, care dispun că „autoritatea 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;*

h) operatorul economic s-a făcut vinovat de declaraţii false în conţinutul informaţiilor transmise la solicitarea autorităţii contractante în scopul verificării absenţei motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare şi selecţie, nu a prezentat aceste informaţii sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate;

[...]

Dispoziţiile alin. (8) ale aceluiaşi articol prevăd:

(8) În sensul dispoziţiilor alin. (.....) lit. g) se consideră încălcări grave ale obligaţiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformităţi majore care le fac improprii utilizării conform destinaţiei prevăzute în contract.

De asemenea, conform prevederilor art. 171 din Legea nr. 98/2016, (.....) 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.

[...]

(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. (.....), 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.

Totodată, potrivit art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016, „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. 167 alin. (.....) lit. g) din Lege”.

Potrivit dispoziţiilor legale citate mai sus, se pot desprinde următoarele aspecte principale:

Pentru aplicarea motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (.....) lit. g) din Legea nr. 98/2016, 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;
- încălcarea gravă sau repetată a obligaţiilor principale să fi condus la una din următoarele consecinţe (sancţiuni): încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese, alte sancţiuni comparabile.

Condiţiile cumulative arătate sunt completate de precizările aduse de art. 171 din Legea nr. 98/2016, prin alin. (.....)-(3) în sensul furnizării dovezilor pentru demonstrarea credibilității și care, în cazul în care sunt apreciate ca suficiente înlătură măsura excluderii și alin. (5) lit. b), în sensul că perioada de timp scursă de la momentul la care s-au petrecut evenimentele (încălcările obligațiilor principale) să nu fi depăşit o perioadă de 3 ani.

În speța de față, suntem în prezența unui document constatator emis pentru asocierea ..... SA – SC …. SRL, urmare a rezilierii

contractului de lucrări nr. …, având în vedere că pe parcursul executării contractului au fost subcontractate fără acordul prealabil al Beneficiarului părți importante din lucrare, prejudiciul stabilit de autoritatea emitentă a respectivului document fiind de 2.345.299,70 lei.

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, motivele de nelegalitate a documentului constatator nr. .., exprimate atât în contestație, cât și în răspunsul la solicitarea de clarificări, fac obiectul dosarului nr. … aflat pe rolul Tribunalului .., cu termen stabilit pentru judecată la 09.02.....

De asemenea, legalitatea emiterii documentului constatator face obiectul acțiunii în contencios administrativ, depusă la Tribunalul ..... (dosar …) și care, în prezent, conform informațiilor disponibile pe portalul instanței, a declinat, în data de 10.01....., competența de soluționare a cauzei în favoarea Tribunalului ….

Competența Consiliului, în situația dată, este de a verifica legalitatea deciziei de respingere a ofertei asocierii, respectiv dacă acesta se încadrează în cazul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (.....) lit. g) din Legea nr.98/2016, iar nu de a verifica legalitatea documentului constatator și a stabili cine se face culpabil de neexecutarea corespunzătoare a contractului.

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. 167 alin. (.....) lit. g) din Legea nr.98/2016. Orice act administrativ se bucură de prezumția de legalitate, care poate fi răsturnată printr-o hotărâre judecătorească definitivă de anulare a actului administrative. De aceea, documentul constatator nr. ..... emis în data de … și înregistrat cu nr. … se bucură, în continuare, de prezumția de legalitate.

Se impune precizarea faptului că legiuitorul nu a condiționat excluderea din procedură în cazul prevăzut la art. 167 alin. (.....) lit. g) de existența unei hotărâri judecătorești definitive asupra legalității emiterii unui document constatator.

Conform articolului menționat, autoritatea contractantă exclude din procedură orice operator economic care și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune interese sau alte sancțiuni complementare. Or, în cazul contestatoarei există emis un document constatator care dovedește caracterul grav al neexecutării obligațiilor contractuale (conform celor clarificate de autoritatea emitentă, Primăria Râmnicu …: *pe parcursul executării contractului au fost subcontractate fără acordul prealabil al Beneficiarului părți importante din lucrare*),

contractul fiind reziliat din aceste considerente, cu stabilirea, totodată, a prejudiciului produs.

Societatea contestatoare afirmă că cele reținute în documentul constatator nu se circumscriu noțiunii de încălcare gravă, așa cum este definită la art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016, însă legiuitorul a prezentat cu titlu exemplificativ ce poate fi considerat drept o încălcare gravă a obligațiilor contractuale, indicând neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improrii utilizării conform destinației prevăzute în contract.

Suntem în prezența unei obligații contractuale stipulate la clauza 23.6 din respectivul contract, nr. …. din 03.10.20…, reziliat și pentru care a fost emis documentul constatator în discuție, potrivit căreia *orice schimbare a subcontractantului fără aprobarea prealabilă în scris a achizitorului sau orice încredințare a serviciilor/lucrărilor de către subcontractant către terțe părți va fi considerată o încălcare a prezentului contract*.

Este adevărat că în cuprinsul documentului constatator nu există mențiuni cu privire la motivul pentru care s-a apreciat că respectivul contract nu a fost executat în mod corespunzător, însă acest aspect a fost clarificat, așa cum s-a arătat, de către autoritatea emitentă a respectivului act, urmare a solicitării de clarificare asupra acestor aspecte, adresată de CNAIR, autoritatea contractantă în speța de față.

Trebuie subliniat faptul că, așa cum rezultă din documentele existente la dosarul cauzei, autoritatea contractantă nu a exclus asocierea contestatoare pe simpla existență a documentului constatator, ci a întreprins demersuri în vederea lămuririi aspectelor ce rezultau din documentul constatator, decizia fiind întemeiată și pe expunerile părților, după cum de altfel și aceasta susține.

În temeiul art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016, decizia de respingere a ofertantului bazată pe faptul emiterii documentului constatator de mai sus, a fost precedată de analiza efectuată de comisia de evaluare a îndeplinirii condițiilor cumulative stipulate la art. 167 alin. (.....) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Totodată, se constată că ..... SA nu a furnizat nici prin intermediul clarificărilor și nici pe calea contestației, niciuna dintre dovezile la care face referire art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, susenunțat, ci s-a limitat a exprima motive de nelegalitate a actului constatator, asupra căruia, așa cum s-a arătat, competența de a se pronunța aparține instanței de judecată, iar nu Consililiului.

De asemenea, în legătură cu motivul de respingere a ofertei contestatoarei, Consiliul are în vedere și faptul că la nivelul DUAE, acesta nu a declarat existența documentului constatator nr. ..... emis în data de 25.07.2017 și înregistrat cu nr. …/25.07.2017, pe care ulterior, în cadrul răspunsului la clarificări și l-a recunoscut.

Având în vedere cele menționate anterior, Consiliul apreciază că, în acest caz, autoritatea contractantă, în mod corect, a exclus oferta asocierii contestatoare, în temeiul art. 167 alin. (.....) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016, citat mai sus, neexistând motive pentru infirmarea celor consemnate în procesul–verbal nr. 12B/11141/.....

Luând în considerare aspectele de fapt şi de drept mai sus prezentate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de ..... SA, în calitate de lider al asocierii ..... SA – ….SRL.

În ceea ce privește contestația secundă, depusă de asocierea … SRL, Consiliul reține, având cele rezultate din procesul - verbal nr. …. / ..... de consemnare a răspunsurilor la solicitările de clarificări privind formularele DUAE și închidere etapa DUAE, că oferta acestei asocieri a fost exclusă fiind reținută incidența prevederilor art. 167 alin. (.....) lit. g) și h) coroborat cu art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016 și ținând cont de prevederile art. 169 din Legea nr. 98/2016.

Pentru a decide astfel, comisia de evaluare a avut în vedere cele identificate în cadrul platformei SEAP, la rubrica „*Documente constatatoare*", respectiv existența documentului constatator **nr. ….2015** emis de …" SA pentru asocierea **....** SRL, acesta având calitatea de executant în cadrul contractului având ca obiect „*Modernizarea stațiilor de cale ferată … – Modernizarea stației de cale ferată ...*"

Prin DUAE prezentat în procedură, la 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,* ofertantul a bifat ***NU****.*

Din lecturarea documentului constatator, Consiliul observă că la rubrica *contractul a fost îndeplinit în mod corespunzător* este bifat ***NU****,* la motivația *nerespectarea termenelor contractuale de livrare produse/prestare servicii /executare lucrări, din culpă*, s-a completat ***DA****,* iar la rubrica denumită *prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului (dacă este posibil cuantificarea valorică a acestora)* s-a consemnat ***DA***.

În sensul lămuririi asupra aspectelor de mai sus, comisia de evaluare a solicitat ofertantului, prin intermediul adresei nr. 12B/9920/21.11.2017 să clarifice încadrarea/neîncadrarea în situația de excludere, prevăzută la art. 167 alin. (.....) lit. g) din Legea nr. 98/2016, prezentând totodată, dacă este cazul, documente edificatoare în susținerea justificărilor oferite.

În cadrul răspunsului nr. 491/23.11.2017, ofertantul … a arătat, în referire la documentul constatator nr. .. că situația identificată de către

autoritatea contractantă nu poate fi calificată drept o situație de excludere în sensul art. 167 alin. (.....) lit. g) din Legea nr. 98/2016 și că respectivul document constatator a fost emis de către … SA în contextul semnării unui proces verbal de recepție la terminarea lucrări pentru obiectul …, având la bază în mod exclusiv interpretarea autorității contractante cu privire la existența unor întârzieri imputabile Antreprenorului.

În cadrul proiectului respectiv, Antreprenorul a formulat nu mai puțin de 4 revendicări de prelungire a duratei de execuție a lucrărilor, întemeiate atât pe cauze meteorologice, cât și pe deficiențe ale proiectului pus în executare. Întrucât revendicările Antreprenorului nu au primit răspuns, chestiunea pretinselor întârzieri face obiectul unui litigiu aflat pe rolul Tribunalului ..... În aceste condiții, până la pronunțarea unei hotărâri judecătorești definitive în cauză, susținerile … cu privire la existența unei întârzieri imputabile au fi acceptate sub beneficiu de inventar.

Pe de altă parte, solicităm a se observa faptul că din modul de formulare a răspunsurilor de către … la întrebările din cadrul secțiunii 7, se poate desprinde concluzia că pretinsa nerespectare a contractului nu are un caracter grav, în sensul art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016, întrucât nu se referă la neconformități majore de natură a face lucrarea improprie folosirii.

Mai mult decât atât, în cadrul proiectului menționat anterior .. nu a înțeles să procedeze la rezilierea contractului, situația care, din perspectiva dispozițiilor art. 1551 alin. (.....) echivalează cu o neexecutare de mică însemnătate.

În vederea clarificării aspectelor incluse în documentul în discuție, comisia de evaluare s-a adresat și emitentului acestuia, respectiv … SA, fiind solicitate, prin intermediul adresei nr. .., următoarele informații:

„(..) care au fost cauzele ce au dus la emiterea Documentului constatator nr. .. prin care se menționează îndeplinirea necorespunzătoare a contractului Modernizarea stațiilor de cale ferată .. (cu detalierea motivelor ce au condus la această situație)?

- *dacă există prejudicii aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului, și dacă da, care este impactul și/sau cuantumul acestora?*
- *dacă motivele care au dus la emiterea documentului constatator mai sus menționat reprezintă încălcări grave sau repetate ale obligațiilor principale ce îi reveneau în cadrul contractului, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune interese sau alte sancțiuni comparabile, și dacă Da care sunt acestea?*
- *dacă motivele care au dus la emiterea documentului constatator mai sus menționat, reprezintă încălcări grave ale obligațiilor*

contractuale, în conformitate cu prevederile art. 167, alin. (8) din legea nr. 98/2016 [...]*."*

Prin adresa înregistrată cu nr. .., COMPANIEI NAȚIONALE DE CĂI … a transmis următorul răspuns:

„[...]

Dat fiind faptul că ***recepția lucrărilor (cu obiecțiuni) a avut loc după termenul contractual agreat (14.12.2013)****, respectiv la data de 16.07.2014, beneficiarul .." a decis să-i aplice Antreprenorului* ***penalități de întârziere****, conform sub–clauzei 8.7 din contract.*

Penalitățile de întârziere au fost singurele daune datorate Beneficiarului de către Antreprenor.

Astfel, … a emis, conform prevederilor contractului de lucrări nr. …, factura nr. … din data de 12.07.2016, în valoare de 5.523.199, 01 lei, reprezentând contravaloare penalități de întârziere în execuția proiectului, Antreprenorul .. .. a returnat factura de penalități, refuzând plata acesteia.

Totodată, a fost executată parțial (30%) garanția de bună execuție (suma de 552.319,90 lei), în data de 18.11.2016, ca urmare a neîndeplinirii obligațiilor contractuale de către antreprenor, respectiv neachitarea penalităților de întârziere în execuția contractului.

În prezent, pe rolul Tribunalului ..... se află două dosare, având .. – reclamant, iar Asocierea .. – pârât, prin care CFR solicită recuperarea în integralitate a penalităților de întârziere aferente facturii nr. 0100023566, respectiv un alt dosar având asocierea Copisa .. – reclamant, iar … SA – pârât, asocierea nefiind de acord cu suma de 5.523.199,01 lei pretinsă cu titlul penalități de întârziere.

Menționăm că, lucrările au fost executate respectând prevederile autorizației de construire, prevederile Proiectului tehnic, a Detaliilor de execuție și Reglementările legale în vigoare, ***cu depășirea termenului contractual****."*

În speța de față, suntem în prezența unui document constatator emis pentru asocierea ***...*** *SRL*, având în vedere că *recepția lucrărilor a avut loc după termenul contractual agreat,* fiind aplicate penalități de întârziere în valoare de 5.523.199,01 lei, penalități pe care antreprenorul … a refuzat să le plătească.

Conform articolului 167 alin. (.....), lit. g) din Legea nr. 98/2016, citat cu ocazia soluționării contestației anterioare, autoritatea contractantă exclude din procedură orice operator economic care și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune interese sau alte sancțiuni complementare.

Or, în cazul contestatoarei există emis un document constatator care dovedește caracterul grav al nerespectării termenului contractual, nerespectare ce a condus la perceperea de penalități de întârziere.

Contrar celor afirmate de asocierea contestatoare, nu pretenția autorității emitente a documentului constatator cu privire la penalitățile de întârziere în executarea lucrărilor a reprezentat motivul de excludere, ci faptul că din documentul constatator reiese că nu a fost îndeplinit în mod corespunzător contractul, motivul fiind nerespectarea termenelor contractuale de executare a lucrărilor, din culpă.

Ca în cazul anterior analizat, Consiliul reține că asupra motivelor de nelegalitate invocate în privința emiterii documentului constatator, îi revine instanței competența de a se pronunța, iar nu Consiliului.

Pornind de la acest aspect al competenței ce revine instanței în privința constatării legalității emiterii documentului constatator, Consiliul observă că, în referire la cele două litigii invocate de contestatoare, respectiv dosarele nr. .. (și nu .. cum a menționat contestatoarea) și nr. .., din informațiile publicate pe portalul intanțelor de judecată, Tribunalul ....., în dosarul .., având ca reclamant Compania ..și pârât pe .. .., a suspendat, în data de 06.03.2017 judecata cauzei până la soluționarea definitivă a dosarului nr. ... În dosarul nr. .., unde asocierea .... SRL are calitatea de reclamant și .. ..SA are calitatea de pârât, instanța a dispus, prin hotârârea nr. ../14.02…, următoarele:

„Admite exceptia inadmisibilitatii invocata de parata Compania ... Respinge cererea de chemare in judecata, asa cum a fost modificata, ca inadmisibila. Cu recurs în termen de 10 zile de la comunicare, cererea de recurs urmând a fi depusă la sediul Tribunalului ..... Pronunţata prin punerea soluţiei la dispoziţia părţilor prin mijlocirea grefei instanţei, azi, 14.02.2017.”

Împotriva deciziei instanței, asocierea .. a formulat recurs la 30.10.2… și conform informațiilor de pe portalul instanțelor, Curtea de Apel ..... încă nu a stabilit un termen de judecată.

Așadar, o primă instanță s-a pronunțat asupra cererii de chemare în judecată inițiată de asocierea … împotriva autorității emitente a documentului constatator, respingând-o ca inadmisibilă.

În ceea ce privește, afirmația contestatoarei, potrivit căreia, *la momentul încheierii procesului-verbal de recepție la terminarea lucrărilor pentru respectivul obiectiv, respectiv …, … nu a emis nicio pretenție cu privire la vreo întârziere în executarea lucrărilor*, Consiliul reține, din analiza procesului verbal de recepție la terminarea lucrărilor 1D/2677/16.07.2014, pus la dispoziție de însăși autoarea contestației, existența la punctul 4 *Constatările comisiei,* a următoarelor mențiuni: *„în raport de prevederile art. 30 din HG 273/1994, Beneficiarul va putea – și ulterior încheierii și aprobării acestui Proces verbal și fără nicio limitare ce ar putea fi generată de încheierea acestuia – de a face uz de clauzele contractuale asumate de părți, cu referire exemplificativă la exercitarea dreptului de a pretinde plata unor penalități, oricare ar fi natura acestora”.* Așadar, pare că nu există niciun impediment pentru autoritatea contractantă, ca ulterior încheierii procesului verbal de recepție să facă uz

de prevederile contractuale, inclusiv în ceea ce privește aplicarea unor penalități, indiferent de natura acestora.

Argumentele reținute anterior, cu ocazia analizei temeiniciei deciziei de excludere a ofertantului ..... SA, în baza documentului constatator, sunt aplicabile și în prezenta speță, astfel că acestea nu vor fi reluate de către Consiliu.

Totodată, luând în considerare cele reținute de autoritatea contractantă în susținerea deciziei de respingere a ofertei contestatoarei, Consiliul are în vedere și faptul că, la nivelul DUAE, acesta nu a declarat existența documentului constatator în discuție.

Având în vedere cele menționate anterior, Consiliul apreciază că, şi în acest caz, autoritatea contractantă, în mod corect, a exclus oferta asocierii …, în temeiul art. 167 alin. (.....) lit. g) şi h) din Legea nr. 98/2016, citat mai sus, neexistând motive pentru infirmarea celor consemnate în procesul–verbal nr. 12B/11141/.....

Luând în considerare aspectele de fapt şi de drept mai sus prezentate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de asocierea ….

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge, ca nefondate, contestațiile formulate de ..... SA, în calitate de lider al asocierii ..... …, în contradictoriu cu ..... SA.

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

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

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