CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, Bucureşti, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 www.cnsc.ro

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

DECIZIE

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

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliu sub nr. ...../....., formulată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. .., având RO ....., reprezentată legal prin ..... – Administrator, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la reprezentantul convențional, ..., în ....., împotriva adresei nr. 24870/20.08....., reprezentând comunicarea rezultatului de evaluare a DUAE, emisă de ....., cu sediul în ....., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, în procedura simplificată organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Buldoexcavator pentru comuna ....., județul .....”, inițiată cu anunț de participare simplificat nr. ....., publicat în SEAP la ....., s-a solicitat Consiliului anularea acesteia, a tuturor actelor care au stat la baza emiterii ei și obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire de la etapa verificării admisibilității ofertei sale.

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

..... SR atacă adresa nr. 24870 din 20.08....., reprezentând comunicarea rezultatului evaluării DUAE, emisă de ....., autoritate

contractantă în procedura amintită, potrivit căreia oferta sa a fost respinsă, în baza dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016, întrucât s-a constatat existența unui număr de 5 documente constatatoare negative, emise de mai multe autorități contractante, care ar reflecta că nu și-a îndeplinit sarcinile contractuale.

Apreciind decizia de respingere ca fiind emisă cu încălcarea principiului neretroactivității legii civile și, totodată, nemotivată, contestatoarea precizează că, ulterior datei de depunere a ofertelor, autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări în legătură cu documentele constatatoare emise de diferite autorități contractante, iar ca răspuns, prin adresa nr. 1453/06.08....., a depus o serie de documente, care au făcut dovada neîncadrării sale în situația de respingere reglementată la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Cu toate acestea, susține contestatoarea, fără a ține cont de faptul că documentele constatatoare nu făceau dovada vreunei executări culpabile și a existenței vreunui prejudiciu aferent, și cu ignorarea înscrisurilor transmise, prin care și-a demonstrat credibilitatea pentru a participa la proceduri de achiziție, autoritatea contractantă a ales să-i respingă oferta, cu invocarea dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016.

Privitor la documentul constatator nr. 5683/08.02.2016, emis de Salubris SA și documentul constatator nr. 7/29.01.2016, emis de Consiliul Judeţean Teleorman, contestatoarea susține că acestea nu mai produc efecte juridice, din pricina faptului că faptele care au condus la emiterea lor au fost săvârșite cu mai mult de 2 ani anterior datei limită de depunere a ofertelor în prezenta procedură de atribuire și sub imperiul OUG nr. 34/2006, iar regimul juridic al unei sancțiuni este exclusiv cel în vigoare la data la care a avut loc actul/faptul sancționat.

Invocând dispoziţiile art. 236 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora: „Contractele de achiziţie publică/Acordurile-cadru încheiate înainte de data intrării în vigoare a prezentei legi sunt supuse dispoziţiilor legii în vigoare la data când acestea au fost încheiate în tot ceea ce priveşte încheierea, modificarea, interpretarea, efectele, executarea și încetarea acestora”, contestatoarea apreciază că efectul contractului încheiat și finalizat sub imperiul OUG nr. 34/2006, precum și al documentului constatator emis în perioada în care OUG nr. 34/2006 era în fiinţă, adică consecinţele pretinsei neexecutări a contractului în cauză, rămân reglementate de OUG nr. 34/2006.

Prin urmare, raportat la data emiterii documentelor constatatoare, 29.01.2016 și, respectiv 08.02.2016, contestatoarea consideră că efectele lor, din prisma nașterii unui potențial drept de excludere, au încetat la data de 29.01....., respectiv data de 08.02....., fiind evident că, la data organizării procedurii de

atribuire în discuție, ..., atât starea de fapt (pretinsa neexecutare a contractului), cât și efectele acestei stări de fapt, materializate în documentele constatatoare, își încetaseră efectele, prin împlinirea termenului de 2 ani. De altfel, aplicarea și prevalența principiului „tempus regit actum", reprezintă o constantă în practica instanțelor, inclusiv a celei constituționale, pe care contestatoarea le invocă în cuprinsul cererii ei.

Contestatoarea mai precizează că potrivit art. 215 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă avea obligația de a cuprinde în adresa privind comunicarea deciziei de respingere a ofertei, motivele concrete care au stat la baza deciziei sale.

Or, în cuprinsul adresei contestate, nu se precizează că există încălcări contractuale grave sau repetate ale obligațiilor contractuale, nici nu se aduce un argument în susținerea deciziei de respingere a ofertei, cu toate că jurisprudența națională prin *(Decizia ICCJ nr. 1580/2008), cât și jurisprudența CEJ, au statuat faptul ca orice decizie* „(...) trebuie motivată, (...) și din prisma posibilităţii persoanei sau a societății de a aprecia asupra legalității și temeiniciei măsurii, respectiv asupra respectării graniţelor dintre puterea discreţionară și arbitrariul".

În ceea ce privește încadrarea ofertei sale în prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, contestatoarea concluzionează că, pe de o parte, simpla existență a unui document constatator nu poate atrage excluderea unui ofertant din cadrul procedurii de atribuire, pe de altă parte, oferta nu se încadrează în motivele de respingere invocate de autoritatea contractantă, în condițiile în care a făcut dovada pe deplin a credibilității societății conform dispozițiilor art. 171 alin. (1) – (3) din Legea nr. 98/2016.

Invocând adresa ANAP nr. 4263/13.04.2017 și prevederile art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, contestatoarea supune atenției că a luat măsuri pentru a dovedi credibilitate, respectiv capacitatea de a onora obligațiile asumate prin oferta depusă în cadrul procedurii de atribuire, și anume:

"a. Implementare unui sistem CRM - CAS, pentru urmărirea corectă și evidenţierea la timp a situațiilor care pot duce la întârzieri în derulare, astfel încât să se ia măsurile imediate pentru a nu se mai ajunge într-o situație de întârziere.

Dezvoltare măsura: În fapt cu soluţia CRM optimizăm managementul clienţilor noştri, eficientizăm activitatea echipelor de vânzări și de derulare proiecte și creştem loialitatea clienţilor. Folosind functionalitățile de marketing, vânzări și proiecte în mod integrat putem beneficia de existența unei baze de date unitare, de eliminarea unor activități manuale fără valoare adăugată, precum și de un instrument de automatizare a muncii.

CAS CRM este o soluție dedicată pentru managementul relaţiei cu clienţii, dezvoltată astfel încât să permită crearea unor fluxuri eficiente de gestionare a relaţiei cu clienții în toate punctele de contact:

- Prospectare: Marketing/Contact center/Evenimente;
- ® Vânzare: Convorbiri telefonice/Întâlniri/E-mail/Comenzi;
- Operaţional: Facturare/Prestare servicii/Livrare produse/ Management proiect;
- ® Post vânzare: Contact center (pentru service, suport, garanții, reclamaţii)/Chestionare feedback/portal Helpdesk/portal Clienţi (portal online unde clienţii pot interacționa direct cu compania).

b. Angajarea unor consultanți experţi atât în derularea de procese operaționale, cu expertiză în companii multinaţionale (producătorii livrabilelor care au generat întârzieri), care supervizează și se asigură că procesele companiei sunt de așa natură încât să asigure derularea contractelor în condiţii cât mai eficiente, atât pentru compania noastră cât și pentru beneficiarii noștri, cât și în domeniul mai larg al managementului și strategiei unei companii, sens în care atașăm cele două contracte încheiate cu ....

Dezvoltare măsură: Conform înscrisurile ataşate, ... a avut, printre atribuțiile principale, reorganizarea proceselor interne pentru eficientizarea modului de lucru și creşterea gradului de satisfacție al clienţilor, dezvoltarea și implementarea de noi proceduri de lucru, care să asigure îndeplinirea la timp a tuturor obligațiilor față de clienţii noştri.

Mai mult, începând cu data de 02.06.2017, am reuşit cooptarea în echipa permanentă a ..., acesta ocupând în prezent funcţia de Director Executiv.

Una dintre sarcinile sale de bază este aceea de a selecta, evalua și încheia acorduri cu producătorii de echipamente de ultima generație, pentru a se asigura de tot suportul acestora în livrarea la timp a acestor echipamente pentru a nu mai exista situații de întârzieri a livrărilor către Beneficiari.

c. Dezvoltarea unui parteneriat cu producătorii șasielor, respectiv implicarea producătorilor autoșasielor, fie direct, fie prin reprezentantul lor local în aceste achiziții publice, sens în care, am încheiat acorduri de furnizare pentru fiecare licitație în parte, prin care am evidențiat si responsabilizat reprezentanţii producătorilor, cu cerinţele specifice fiecărei proceduri de atribuire

Dezvoltare măsură: Am urmărit și am obținut conştientizarea reprezentanților producătorilor autoșasielor în special din prisma respectării termenelor de livrare. Astfel, cu ... (furnizorul din cauza

căruia am înregistrat câteva întârzieri la livrare), am reuşit chiar încheierea unui acord general, care stipulează eforturile acestuia de a prioritiza comenzile subscrisei pentru livrarea în integralitate și la timp a șasielor (ataşat prezentei).

d. Degrevarea departamentului "CAROSARE" (componenta a sistemului ofertat), prin achiziționarea de către subscrisa a pachetului majoritar de părți sociale (75%) din societatea comerciala ...., având domeniul de activitate Producţia de caroserii pentru autovehicule, fabricarea de remorci și semiremorci, sens în care ataşam Certificat Constatator ORC

Dezvoltare măsură: întrucât achiziţia ce face obiectul acestei proceduri presupune un ansamblu de activități compuse în principal din (i) achiziţionarea de autoșasie și (ii) integrarea echipamentelor opționale pe autoșasiul achiziţionat, am decis degrevarea departamentului subscrisei specializat în carosarea autoșasielor (integrarea echipamentelor opționale), de activitățile ocazionale, sens în care, am achiziţionat pachetul majoritar de acțiuni la societatea comercială .....

Mai mult, prin preluarea controlului acestei firme ne-am dezvoltat și know-howul specific acestei activități, aspect relevant în urmărirea executării acestui serviciu de către subcontractori/asociați, după caz, desemnați cu această activitate în cadrul prezentei proceduri de atribuire”.

În concret, toate aceste măsuri, în opinia contestatoarei, reprezintă dovezi de tipul celor prevăzute de art. 171 din Legea nr. 98/2016, sens în care apreciază ca sunt suficiente pentru a demonstra, în concret, credibilitatea sa, prin raportare la motivele de excludere.

Cu privire la documentele constatatoare invocate de autoritatea contractantă, în adresa de comunicare a rezultatului procedurii, contestatoarea învederează că în documentul constatator, emis de SC .... nr. 5683/02.06.2016, sunt evidențiate penalități de întârziere, în cuantum de 2.413,62 lei. În concret, raportat la valoarea penalităților, nu se reține un prejudiciu grav, întrucât față de faptul că obligațiile contractuale au fost îndeplinite, simpla plată a unor penalități de întârziere nu este, în sine, suficientă pentru a reprezenta o abatere gravă, neproducându-se nici un prejudiciu autorității contractante.

De altfel, chiar și legiuitorul a prevăzut, prin Legea nr. 98/2016 (art. 166), faptul că sumele sub 4.000 lei, reprezentând taxe și impozite, nu pot constitui motiv de excludere.

Referitor la documentul constatator emis de IGSU nr. 94967/09.03.2017, contestatoarea arată că în cadrul acestuia este menționat: “Luând în considerare documentul constatator nr. 94967/09.03.2017, (...) subliniem faptul că prin remedierea deficiențelor care au dus la neîndeplinirea contractului subsecvent nr.

49740/16.10.2015, s-a reuşit ducerea la bun sfârșit a Contractelor subsecvente nr. 147682/10.06.2016 și nr. 74907/10.05.2016 (prin care s-a asigurat întreaga cantitate de produse a acordului-cadru)”.

În ceea ce privește documentul constatator nr. 13448/20.03....., emis de Primăria Municipiului Piteşti, la secţiunea Motive lit. d "altele", se precizează că contractul de furnizare nr. 38776/23.08.2017, încheiat cu ..., a încetat de comun acord, fără prejudicii pentru autoritatea contractantă. Completarea cu menţiunea „NU" în documentul constatator a fost consecința modului în care este realizat modelul de document constatator, care nu permite modificarea acestuia.

De asemenea, din document constatator numărul 7/29.01.2016 emis de ..., contestatoarea susține că nu se poate reține existența unor „motive imputabile" cu privire la fapta reținută în documentul constatator. Astfel, echipamentele/utilajele au fost predate parțial, în discuţie fiind doar câteva utilaje, cu privire la care întârzierea nu-i este imputabilă, având în vedere imposibilitatea obiectivă de producţie a utilajelor, comunicată de producător.

Aceleaşi echipamente au fost preluate ulterior de autoritatea contractantă, neexistând practic niciun prejudiciu. În concluzie, nu este îndeplinită condiția „motivelor imputabile ofertantului în cauza", necesar producerii efectelor prevăzute de OUG nr. 34/2006, sub imperiul căreia s-a emis certificatul în discuție, cauza neexecutării în termen a contractului fiind externă societății sale.

De asemenea, din simpla lecturare a documentului constatator numărul 1408/31.05.2017 emis de ..., contestatoarea precizează că, se poate observa lipsa evidențierii oricărui prejudiciu, sens în care, nici nu poate fi vorba despre îndeplinirea condiţiei existentei prejudiciului „grav".

De altfel, după emiterea certificatelor constatatoare negative, contestatoare supune atenției că între societatea sa și IGSU, s-a încheiat un acord-cadru pe 4 ani pentru livrarea a 200 de echipamente de încărcare-descărcare cu sistem hidraulic, fără niciun fel de întârzieri.

Având în vedere considerentele expuse, în opinia contestatoarei, rezultă cu evidență că, în speţă nu subzistă motivul de excludere prevăzut de legiuitor la art. 167 alin. 1 lit. g) din Legea nr. 98/2016, nefiind îndeplinite condiţiile privind (i) încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale aferente unui contract de achiziţie publică, (ii) încetarea anticipată a respectivului contract, (iii) plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

În ceea ce privește încadrarea ofertei sale în prevederile art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/....., contestatoarea amintește că în partea a III- a din cadrul DUAE este intitulată "Motive de excludere", a completat cu menţiunea "NU", în dreptul Secţiunii C, întrucât a considerat ca nu a săvârșit nicio abatere profesională de natură a

reprezenta un motiv de excludere. Simpla existență a documentelor constatatoare, emise în contextul inexistenței unei culpe profesionale a subscrisei, nu reprezintă, astfel cum urmează a arăta în continuare un considerent apt de a conduce la concluzia existenței vreunui motiv de excludere.

În consecință, având în vedere motivele prezentate în cererea sa, contestatoarea solicită anularea actului atacat, a tuturor actelor care au stat la baza excluderii ofertei sale și obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire de la etapa verificării admisibilității ofertei sale.

În drept, contestatoarea invocă prevederile Legii nr. 101/2016, cele ale Legii nr. 98/2016, respectiv ale HG nr. 395/2016.

Prin adresa nr. 25080/30.08....., înregistrată la CNSC sub nr. 35818/03.09....., autoritatea contractantă a transmis un punct de vedere și copii din dosarul achiziției publice, solicitând respingerea contestației formulate de SC ..... SRL.

În susținerea punctului de vedere, autoritatea contractantă precizează că în baza documentelor prezentate de contestatoare, comisia de evaluare a apreciat că acesta se încadrează în situațiile de excludere prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, întrucât rezilierea unui contract duce, în mod automat, la un prejudiciu economic.

De altfel, însăși contestatoarea recunoaștere că a avut întârzieri privind livrarea produsului final, datorită unor împrejurări independente de voința sa și că a întreprins o serie de măsuri care să dovedească credibilitatea, respectiv capacitatea sa de onorare a obligațiilor, însă aceste măsuri de corectare nu au condus la evitarea apariției unor situații similare și nu pot garanta aparația lor în viitor.

În consecință, autoritatea contractantă apreciază că este obligația sa de a aplica principiul tratamentului egal față de toți ofertanții interesați în procedură.

În ceea ce privește criticile cuprinse în contestația ..., autoritatea contractantă le consideră nefondate, solicitând respingerea ei.

Ulterior, prin adresa nr. 1493/10.09....., înregistrată la CNSC sub nr. 36959/11.09....., contestatoarea a formulat concluzii scrise, prin care evidențiază că autoritatea contractantă prin punctul de vedere, nu invocă niciun argument privind lipsa motivării excluderii ofertei sale.

Reiterând cele susținute în contestație cu privire la faptul că documentul constatator nr. 5683/08.02.2016 emis de ... și documentul constatator nr. 7/29.01.2016 emis de ... nu mai pot produce efecte juridice, din prisma faptului că, faptele care au condus la emiterea acestora au fost săvârșite cu mai mult de 2 ani anterior datei limită de depunere a ofertelor în prezenta procedură de atribuire fiind emise sub

imperiul OUG nr. 34/2016, contestatoarea solicită constatarea lipsei oricăror motive care să justifice decizia dispusă cu privire la oferta sa.

Analizând susținerile părților și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

În vederea încheierii unui contract de achiziție publică având ca obiect „Furnizare buldoexcavator pentru comuna ....., județul .....", ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură simplificată, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. ..... din ..... și a documentației de atribuire aferente.

Nemulțumită de decizia de respingerea a ofertei sale, ce i-a fost comunicată prin adresa nr. 24870/20.08....., SC ..... SRL a înaintat contestația de față, solicitând anularea acesteia și a tuturor actelor care au stat la baza emiterii ei și obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire de la etapa verificării admisibilității ofertei sale.

Contestatoarea a înaintat Consiliului dovada privind respectarea prevederilor art. 61¹ alin. (1) din Legea nr 101/2016 (de depunere a cauțiunii aferente, în cuantum de 7.080,92 lei), prin recipisa de consemnare nr. 2048222391/1 din 16.08....., emisă de CEC BANK Sucursala Piața Alba Iulia, Sector 3 .....

Văzând disputa părților, Consiliul constată că aceasta are la bază măsura de respingerea a ofertei SC ..... SRL pe baza prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, în raport cu 5 documente, identificate de autoritatea contractantă în SEAP, din care ar rezulta neîndeplinirea unor obligații contractuale, în precedent, de către acest ofertant.

Consiliul reține și că, în fapt, nu există dispute privind realitatea celor consemnate în cele 5 documente, întrucât contestatoarea nu neagă existența lor.

Conform susținerilor părților, dar și documentelor înaintate la dosarul cauzei, Consiliul reține că autoritatea contractantă a luat act de existența documentelor care ar reflecta anumite conduite neconforme ale contestatoarei, în executarea altor contracte, a solicitat informații de clarificare, dar a considerat relevant doar faptul că respectivele documente/certificate constatatoare indică existența motivului de excludere prevăzut în lege. De asemenea, autoritatea contractantă a considerat că neprecizarea, de către ofertantul contestator, în cuprinsul DUAE, a existenței acestor incidente contractuale, reprezintă un motiv distinct de respingere a ofertei, prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016.

Prin urmare, susținerile contestatoarei bazate pe o pretinsă nemotivare a actului de respingere a ofertei sunt considerate de Consiliu nefondate.

Autoritatea contractantă a indicat explicit cele ”5 documente constatatoare negative” și a evocat și conținutul art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016, drept motivație a respingerii ofertei încă din faza de evaluare a conținutului DUAE.

Consiliul are în vedere că cele două texte ale legii (care determină cele două motive de excludere a ofertei) au următorul conținut:

g) operatorul economic şi-a încălcat în mod grav sau repetat obligaţiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziţii publice, al unui contract de achiziţii sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancţiuni comparabile;

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.

În privința modului de aplicare a prevederilor legale, mai sus enunțate, la situația de fapt rezultând din documentele constatatoare în cauză, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a reținut că, pentru a dispune măsura de excludere, ar trebui să verifice îndeplinirea condițiilor cumulative a nerespectării grave sau repetate a unor obligații contractuale și aceste nerespectări să conducă la efecte proporționale cu această gravitate a faptelor.

De asemenea, Consiliul a constatat că autoritatea contractantă a ignorat, efectiv, să facă o evaluare asupra dovezilor de credibilitate a ofertantului/contestatoarei, prezentate prin răspunsul de clarificare solicitat. Prevederile art. 171 din Legea nr. 98/2016 statuează, pe de o parte, dreptul ofertantului care se află, fără dubiu, într-o situație de excludere, să producă dovezi ale credibilității sale, iar pe de altă parte, obligația autorității contractante de a evalua aceste dovezi și, după caz, de a nu exclude oferta, dacă aceste dovezi sunt suficiente.

Prin urmare, trebuie înțeles că aceste reguli, privind excluderea, nu sunt aplicate fără a se discerne asupra situației faptice aferente fiecărui operator economic, ce ar rezulta dintr-un document anume, ci proporțional cu nevoia achizitorului de a primi garanții ale unei participări competitive și oneste în procedura sa.

Pornind de la motivația în fapt a stabilirii acestor reguli, regăsită în preambulul Directivei 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului privind achizițiile publice (punctele 101 și 102), dar și de la îndrumările metodologice regăsite pe site-ul ANAP (*Biblioteca de spețe* - Speta 758.), practica Consiliului în materie a consacrat ideea că excluderea din competiție fără analiza îndeplinirii condițiilor cumulative din art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 ar fi eronată.

Conform Legiuitorului Comunitar (Preambulul Directivei 24):

(101) Autorităților contractante ar trebui să li se ofere în continuare posibilitatea de a exclude operatorii economici care s-au dovedit a nu fi fiabili, [...].

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.

(102) Cu toate acestea, ar trebui să se prevadă posibilitatea ca operatorii economici să adopte măsuri de conformare pentru remedierea consecințelor infracțiunilor penale sau ale abaterilor și prevenirea în mod eficient a repetării acestora.

De asemenea, Autoritatea de reglementare din România (ANAP), în domeniul achizițiilor publice, reamintește obligația verificării, de către autoritatea contractantă, a condițiilor cumulative care califică măsura de excludere în discuție, dar și a dovezilor de credibilitate prezentate de ofertantul aflat în situație certă de excludere (www.anap.gov.ro/ *Biblioteca de spețe*):

Speta 758. consiliere metodologică privind excluderea din procedură a unui ofertant, în conformitate cu prevederile 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, în baza a trei documente constatatoare

negative, conform cărora operatorul economic în cauză fie a prezentat abateri de la calitatea produselor, fapt ce a condus la rezilierea contractului, fie nu a livrat toate produsele din contract, fie nu a respectat termenele de livrare și nu a constituit garanția de bună execuție, fapt ce a condus la rezilierea contractului

Ultima actualizare: 7 sept. ....., 12:24:14

Raspuns:

Pentru a fi exclus dintr-o procedură de atribuire, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, operatorul economic trebuie:

– fie să-și fi încălcat în mod grav obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune, încheiat anterior;

– fie să-și fi încălcat în mod 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, încheiat anterior;

și, în același timp, respectivele încălcări să fi condus:

– fie la încetarea anticipată a respectivului contract,

– fie la plata de daune-interese,

– fie la alte sancțiuni comparabile cu una dintre cele două sus-menționate.

Potrivit art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016, sunt considerate încălcări grave ale obligațiilor contractuale, următoarele situații, enumerate 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.

În continuare, cu privire la situațiile concrete de neîndeplinire a obligațiilor contractuale ce reies din documentele constatatoare prezentate, precizăm următoarele:

Referitor la situația în care operatorul economic a livrat produse care au prezentat abateri de la calitate și nu au corespuns din punct de vedere tehnic cu cerințele contractuale, fapt ce a condus ulterior și la rezilierea contractului, considerăm că aceasta se încadrează în prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 având în vedere că sunt îndeplinite condițiile cumulative prevăzute de acest articol.

În ceea ce privește situația în care operatorul economic nu și-a îndeplinit în totalitate obiectul contractului, nelivrând toate produsele, și pentru care autoritatea contractantă a reținut parțial garanția de bună execuție, precizăm că o astfel de situație se încadrează în prevederile privind excluderea operatorului economic din procedură.

Pe de altă parte, menţionăm că operatorul economic poate să nu fie exclus din procedura de atribuire în măsura în care furnizează dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea, aceste dovezi referindu-se, printre altele, 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 (art. 171 alin. (1)-(3) din Legea nr. 98/2016).

[...], precizăm că neîndeplinirea tuturor obligațiilor contractuale asumate și aflate în sarcina unui operator economic (în speță neconstituirea garanției de bună execuție și nerespectarea termenelor contractuale de livrare), care conduc și la rezilierea anticipată a contractului, pot fi considerate motive de excludere în baza art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, având în vedere că sunt îndeplinite ambele tipuri de condiții prevăzute de articolul menționat anterior, precum și pentru faptul că situațiile care sunt considerate încălcări grave ale obligațiilor contractuale sunt prezentate cu titlu exemplificativ în cadrul legislației.

Subliniem, însă, că potrivit art. 171 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 „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.”

În acest sens, potrivit art. 171 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă este cea responsabilă și în măsură să se pronunțe (în baza tuturor documentelor/informațiilor de care dispune) dacă dovezile prezentată de către operatorul economic privind măsurile luate sunt suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, prin raportare la motivele reale ale neîndeplinirii obligațiilor contractuale și eliberării documentului constatator negativ.

[...], în opinia noastră numai comisia de evaluare este în măsură să analizeze situația concretă și să decidă asupra admisibilității ofertelor în cadrul procedurii de achiziție publică, întrucât are la dispoziție toate documentele și informațiile necesare în vederea luării unei decizii corecte și fundamentate și are obligația de a întreprinde toate demersurile care se impun, conform legii, în vederea clarificării tuturor aspectelor în legătură cu care trebuie să emită anumite decizii pe parcursul derulării procedurii de atribuire.

În raport cu conținutul documentelor constatatoare evocate în prezenta cauză, Consiliul consideră că autoritatea contractantă trebuia să facă o analiză completă, individuală, a situației de fapt rezultând din fiecare document, pentru a verifica îndeplinirea sau nu a condițiilor cumulative amintite.

Văzând apărările contestatoarei, prealabile analizei pe fond a conținutului efectiv al unora dintre documente, privind regimul juridic sub care au fost emise și întinderea efectelor acestora, Consiliul consideră relevant faptul că Documentul constatator emis de Salubris SA ..... sub nr. 5683/08.02.2016 și Documentul constatator emis de Consiliul Județean Teleorman sub nr. 7/29.01.2016 privesc situații/relații contractuale ce au apărut înainte de intrarea în vigoare a Legii nr. 98/2016 (publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 390 din 23 mai 2016), adică sub imperiul OUG nr. 34/2006 și al prevederilor art. 971 din HG nr. 925/2006.

În conformitate cu prevederile art. 181 litera c^1) din OUG nr. 34/2006, măsura excluderii unui ofertant se putea lua dacă *în ultimii 2 ani nu şi-a îndeplinit sau şi-a îndeplinit în mod defectuos obligaţiile contractuale, din motive imputabile ofertantului în cauză, fapt care a produs sau este de natură să producă grave prejudicii beneficiarilor acestuia*.

Or, în conformitate cu prevederile legale la care s-a raportat autoritatea contractantă, conduita neconformă a unui operator economic poate fi analizată în privința ultimilor 3 ani (art. 171 alin. 5 litera b din Legea nr. 98/2016).

Cum legea civilă se aplică doar pentru viitor, iar la abrogarea OUG nr. 34/2006, prin noua reglementare, nu au fost stabilite măsuri tranzitorii legate de acest aspect al aplicabilității în timp a măsurilor de excludere, este evident că nu ar putea fi extinsă perioada (de la 2 la 3 ani) în care își produc efectele contractele încheiate conform legii anterioare pe o durată egală cu cea rezultând din noua lege. De altfel, conform art. 236 alin. (4) din Legea nr. 98/2016: *Contractele de achiziţie publică/Acordurile-cadru încheiate înainte de data intrării în vigoare a prezentei legi sunt supuse dispoziţiilor legii în vigoare la data când acestea au fost încheiate în tot ceea ce priveşte încheierea, modificarea, interpretarea, efectele, executarea şi încetarea acestora.*

Prin urmare, Consiliul consideră că luarea în considerare a celor două documente constatatoare, emise sub regimul legii vechi, cu ignorarea limitei în timp a efectelor lor, a fost, înainte de analiza conținutului lor efectiv, o apreciere eronată a autorității contractante.

Chiar dacă autoritatea contractantă a apreciat eronat asupra aplicabilității în timp a legii, situația de fapt ce rezultă din cele două documente constatatoare nu se încadrează în prevederile legale de care a ținut cont la excluderea din competiție, întrucât nu s-a ajuns la o încetare anticipată a contractelor, la plata vreunor daune-interese sau la sancțiuni similare, care să reflecte o încălcare gravă sau repetată a obligațiilor contractuale, imputabile ofertantului.

Văzând celelalte 3 documente constatatoare avute în vedere pentru excluderea ofertei contestatoarei, Consiliul constată că acestea,

la rândul lor, nu relevă existența condițiilor cumulative necesare luării unei decizii de excludere a ofertantului SC ..... SRL.

Din documentul constatator nr. 94967/09.03.2017, emis de Departamentul pentru Situații de Urgență, relevă întârzierea în executarea unui contract subsecvent al acordului-cadru, dar efectele întârzierii nu au condus la aplicarea sancțiunilor de tipul celor indicate în lege. Mai mult, din documentele justificative prezentate ulterior de contestatoare rezultă că livrarea întârziată nu a afectat derularea întregului acord-cadru (conform adresei nr. 95102/15.03.2017, a beneficiarului furnizărilor).

Documentul constatator nr. 13448/20.03....., emis de Municipiul Pitești, relevă încetarea contractului prin acordul părților, fără a i se imputa contractantului-ofertant vreo culpă de tipul celor la care se referă art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Documentul constatator nr. 1408/31.05.2016, emis de ..., relevă o culpă a contractantului SC ..... SRL, în depășirea termenului de livrare, dar aceasta nu a condus la desființarea contractului, ci la pretinse daune, dar care nu au fost cuantificate de autoritatea contractantă respectivă. Dimpotrivă, conform corespondenței nr. 14643/2017, chiar acea autoritate contractantă, ce ar fi avut îndreptățirea să manifeste rezerve față de ofertant, a confirmat că livrarea de interes a avut loc, pe baza unui nou contract, într-o perioadă mai scurtă decât cea ofertată. Prin urmare, nici în cazul acestui din urmă document nu se regăsesc condițiile cumulative impuse prin Legea nr. 98/2016 ,pentru a fi dispusă măsura de excludere luată.

În consecință, Consiliul consideră nefondată respingerea ofertei contestatoarei pentru primul motiv relevat în adresa de comunicare a rezultatului evaluării DUAE nr. 24.870/20.08.....

Cât privește pretinsele declarații false ale ofertantului, formulate ca urmare a solicitării autorității contractante, în scopul verificării absenței motivelor de excludere, Consiliul constată că, în lipsa precizării lor explicite, nu pot fi individualizate altele decât informațiile de clarificare a situațiilor din documentele constatatoare analizate. Or acestea, fie confirmă lipsa de gravitate a faptelor, fie lipsa unor efecte de natură a conduce la aplicarea unor sancțiuni rezultând din derularea contractelor în cauză.

Prin urmare, Consiliul constată că cel de-al doilea motiv de respingere a ofertei contestatoarei s-a bazat, exclusiv, pe analiza efectuată de autoritatea contractantă a DUAE și a documentelor constatatoare sus amintite, neexistând alte informații evaluate de aceasta care să concure la aprecierea că ar avea caracter fals.

Or, Consiliul a constatat că aprecierea asupra documentelor constatatoare a avut un ..... neconcordant cu dispozițiile legale ce

privesc situația de excludere pentru neexecutarea corectă, în precedent, a unui contract de achiziție publică.

Astfel fiind, Consiliul consideră incorectă măsura de respingere a ofertei contestatoarei, după analiza DUAE, motiv pentru care, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, va admite contestația SC ..... SRL și va anula decizia în cauză, obligând autoritatea contractantă la reluarea procesului de evaluare a ofertei, în 15 zile lucrătoare de la primirea prezentei, pornind de la constatarea că documentele constatatoare evocate nu relevă existența motivului de excludere avut în vedere.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația SC ..... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....., privind rezultatul procedurii inițiate cu anunț de participare simplificat nr. ..... din .....

Anulează decizia de excludere a ofertei contestatoarei, consemnată în adresa nr. 24.870/20.08..... și în procesul-verbal nr. 24.868 din 20.08..... și obligă autoritatea contractantă la reluarea procesului de evaluare a ofertei, în 15 zile lucrătoare de la primirea prezentei, conform motivării ce precede.

Obligatorie.Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare, de la comunicare.

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

….