CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. 1220/06.07.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 27118/07.07.2020, ..., cu sediul în ..., înregistrată la Registrul Comerțului cu nr. ..., având CUI RO..., reprezentată legal prin ..., în calitate de administrator, împotriva comunicării rezultatului procedurii nr. 1769/02.07.2020, emisă de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, desfășurată online, organizată pentru atribuirea contractului de lucrări având ca obiect „MODERNIZARE ...”, s-a solicitat Consiliului admiterea contestației, astfel cum a fost formulată, și, pe cale de consecință:

- anularea comunicării rezultatului procedurii nr. 1769/02.07.2020, a raportului procedurii de atribuire și a tuturor actelor subsecvente acestuia;
- anularea deciziei de respingere, ca inacceptabilă, a ofertei ... și obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire, prin reevaluarea ofertei ....

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

Prin contestația depusă, ..., în calitate ofertant în cadrul procedurii, critică legalitatea și temeinicia deciziei de respingere, ca inacceptabilă, a ofertei sale, în conformitate cu art. 137 alin. (1) și (2) lit. b) și art. 169 din Legea nr. 98/2016, pe motivul denunțării contractului de către DRDP Iași și perceperea unor daune interese de 25% de la liderul asocierii, ca urmare a refuzului de semnare a contractului subsecvent, și existenței litigiului ce formează obiectul dosarului nr. ..., între ....

Contestatoarea consideră că decizia autorității contractante este generică și confuză, prezentând aspecte contradictorii, care nu sunt întemeiate în fapt și în drept, niciunul dintre motivele invocate nefiind de natură a determina respingerea, ca inacceptabilă, a ofertei sale și nu justifică aplicarea art. 137 alin. (1) și (2), respectiv art. 160 din Legea nr. 98/2016, deoarece:

1. Autoritatea contractantă nu arată care dintre cazurile de inacceptabilitate ale ofertei enumerate la art. 137 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 este aplicabil speței, având în vedere că, în mod vădit, nu se poate vorbi despre o aplicabilitate generală a textului de lege;

2. Autoritatea contractantă face aplicarea greșită a art. 160, art. 167 alin. (1) lit. g) și art. 185 din Legea nr. 98/2016, având în vedere că:

● nu a ținut cont de răspunsul ... la solicitarea de clarificări nr. 1166/23.06.2020;

● nu a prezentat motive concrete, în sensul art. 215 lit. b) din Legea nr. 98/2016;

● nu a făcut verificările obligatorii cerute de art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016. Respingerea unui ofertant, în temeiul simplei existențe a unui certificat constatator negativ, nu este admisă de Lege, autoritatea contractantă având obligația de a verifica condițiile care au stat la baza emiterii acestuia, precum și culpa asociatului la modul concret.

Simpla solicitare formală de clarificări, fără a analiza îndeplinirea condițiilor legale de respingere, nu echivalează cu îndeplinirea obligației prevăzute de art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016 și nici nu poate constitui baza a unor "motive temeinice", în sensul art. 215 alin. (2) din Legea nr. 98/2016;

● s-a ignorat faptul că, față de ..., nu sunt îndeplinite condițiile cumulative prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g).

Nu este aplicabil art. 169 din Legea nr. 98/2016, prin raportare la situația concretă indicată de art. 167 alin. (1) lit. g), citat de către autoritatea contractantă, deoarece ... nu și-a încălcat în mod grav și repetat obligațiile contractuale și nici nu a determinat încetarea anticipată a contractului asupra căruia poartă documentul constatator, respectiv nu a fost obligată și nici nu i s-a cerut de către autoritatea contractantă plata de daune interese.

În ciuda răspunsului la solicitarea de clarificări transmis de ... și a situației evidente de lipsă a culpei acesteia, autoritatea contractantă, în mod nelegal, a decis declararea inacceptabilă a ofertei, fără a ține cont de faptul că: (i) decizia de a refuza semnarea contractului, pentru care s-a aplicat sancțiunea rezilierii și a fost emis documentul constatator negativ, a fost luată de către lider în mod exclusiv; (ii) liderul nu a cerut acordul asociatului și nici nu l-a informat pe acesta asupra deciziei de a nu semna contractul

subsecvent; (iii) certificatul constatator a fost comunicat de către autoritatea contractantă ... doar către ... și publicat în SEAP pe pagina acestuia; (iv) autoritatea contractantă ... a ales să nu procedeze la atragerea răspunderii solidare a asociaților, solicitând daune-interese doar de la liderul ..., prin factura de daune nr. IS 1901000118/10.12.2019.

Deși parte a unei asocieri în participațiune, culpa asociatului se apreciază la modul concret, mai ales în situația în care răspunderea pentru denunțarea contractului, respectiv pentru plata de daune interese, vine ca urmare a încălcării obligațiilor asumate prin acordul de asociere de către lider și depășirea mandatului acestuia;

● a făcut aplicarea greșită a art. 185 din Legea nr. 98/2016 având în vedere că, în speță, nu există o cerere/litigiu/atragere în orice fel a răspunderii solidare a asociatului (...) de către autoritatea contractantă respectivă.

Este netemeinic și nelegal motivul de respingere a ofertei ..., ca inacceptabilă, indicat de către autoritatea contractantă, faptul că pe rolul Judecătoriei ... există dosarul nr. ..., cu obiect acțiune în răspundere contractuală, reclamant fiind ... și pârât ..., acțiune derulată în vederea răspunderii solidare pentru neîndeplinirea contractului pentru care a fost emis document constatator negativ, pentru că:

- acțiunea nu este derulată *„în vederea răspunderii solidare pentru neîndeplinirea contractului pentru care a fost emis document constatator negativ„*;

- simpla existență a unui dosar între doi foști asociați (dosar în derulare în fond, fără a exista vreo hotărâre definitivă în cauză) nu este motiv legal de respingere a unei oferte, ca inacceptabilă;

- dosarul este promovat în mod neîntemeiat de către liderul ... pe motiv de răspundere civilă contractuală (în baza acordului de asociere), deși pretențiile acestuia sunt vădit neîntemeiate, culpa contractuală aparținând acestuia;

- existența unui litigiu pe rolul instanțelor de judecată nesoluționat definitiv și fără a avea ca obiect atragerea de către autoritatea contractantă a răspunderii solidare a asociaților, nu este în nicio situație motiv de declarare inacceptabilă a unei oferte, în legislația achizițiilor publice.

Prin adresa nr. ..., Consiliul informează autoritate contractantă despre depunerea contestației de către ..., solicitându-i acesteia să transmită copia dosarului achiziției publice, punctul de vedere cu privire la contestație (care va fi comunicat și către contestatoare), copia ofertei depuse de ..., precum și corespondența purtată pe perioada de evaluare a ofertelor).

Originalul recipisei de consemnare a cauțiunii nr. 206368947/1 din data de 07.07.2020, în valoare de 35.000,00 lei, emisă de CEC

Bank – Sucursala ..., a fost depusă la Consiliu și înregistrată cu nr. 27467/07.07.2020.

Prin punctul de vedere nr. 1839/08.07.2020, înregistrat la Consiliu cu nr. 27492/09.07.2020, autoritatea contractantă solicită analizarea cu celeritate si respingerea contestației, ca neîntemeiată, pentru următoarele motive:

- documentul constatator nr. 2/12113/6.05.2019, emis de ..., prin ..., este pentru asocierea ..., având ca lider pe ..., nu doar pentru ..., bifând calitatea în care a participat la îndeplinirea contractului ca fiind cea de contractant. Această opțiune relevă faptul că răspunderea pentru îndeplinirea contractului se aplică pentru ambii operatori economici care s-au asociat pentru îndeplinirea acordului-cadru. Autoritatea contractantă DRDP Iași nu a bifat calitatea contractant asociat tocmai din acest motiv, în opinia sa răspunderea fiind solidară, corespunzător legislației în vigoare;

- deși în istoricul documentelor constatatoare postate în SEAP pentru ... nu este, din punct de vedere tehnic, publicat acest document constatator, deoarece pentru un contract se publică un singur document constatator, fiind publicat în contul liderului asocierii, acest fapt nu exonerează de răspundere pe celălalt membru al asocierii, care este parte din contractantul lucrării, proporțional cu cota de participare în asociere. Punctul 4.4 din acordul de asociere prevede că *„Fiecare Parte va garanta, va apăra și va despăgubi cealaltă parte pentru toate daunele previzibile sau imprevizibile”;*

- deși ofertantul ... se prevalează de faptul că înscrisurile și documentele legate de acordul-cadru și de contractele subsecvente care au decurs din acesta, încheiate cu DRDP Iași, sunt semnate, conform împuternicirii, doar de liderul asocierii BIG CONF SA, drepturile și obligațiile referitoare la îndeplinirea acestor angajamente legale aparțin proporțional fiecăruia dintre membrii asocierii.

De altfel, chiar acordul de asociere, invocat de ..., prevede, la punctul 4.3., că *„părțile vor răspunde individual și solidar în fața Beneficiarului, în ceea ce privește toate responsabilitățile și obligațiile decurgând din sau în legătură cu Contractul”*, iar la punctul 4.5. *„în cazul în care BENEFICIARUL suferă un prejudiciu în implementarea /derularea acordului cadru "Acord cadru de lucrări de întreținere periodică multianuală-covoare asfaltice executate la cald pentru rețeaua de drumuri naționale din cadrul ... anul I-anul III, lot 1- 9" lot 8-... se va îndrepta împotriva oricărui membru al prezentei asocieri pentru a obține recuperarea prejudiciului suferit, indiferent dacă respectivul prejudiciu a fost cauzat prin acțiunea/omisiunea unui alt membru al asocierii”*;

- autoritatea contractantă, ..., în mod firesc a emis factura IS nr. 1901000118/10.12.2019, emisă de ... în cuantum de 795.433,64 lei, inclusiv TVA, pentru daune interese liderului asocierii ..., deoarece, conform împuternicirii, acesta era responsabil de a semna și de a primi toate documentele legale produse în cadrul derulării acordului-cadru de lucrări menționat (art. 4.1. din acordul de asociere). Dar acest fapt nu exonerează, potrivit legii, de răspundere pe membrul asocierii ..., proporțional cu procentul de participare în cadrul asocierii, juridic sau financiar. De asemenea, potrivit art. 185 din Legea nr. 98/2016, răspunderea pentru îndeplinirea/neîndeplinirea contractului este solidară;

- abaterea semnalată prin documentul constatator este semnificativă, autoritatea contractantă DRDP Iași fiind prejudiciată, în sensul neîndeplinirii programului propriu de lucrări de întreținere și reparații curente planificate. Acesta a și fost motivul prin care a înțeles, în calitate de beneficiar, să facă demersuri pentru aplicarea de penalități (însemnate valoric) în limita a 25% din valoarea contractului subsecvent de lucrări neexecutat. Nu se poate considera o abatere nesemnificativă refuzul de a semna un contract de lucrări/angajament legal, cunoscut fiind faptul că procedura de achiziție publică și demersurile pentru atribuirea unui contract, apoi punerea sa în operă este îndelungată, iar necesitățile autorităților contractante fiind numeroase, resursele bugetare sunt limitate atât valoric cât și ca timp, riscând a depăși exercițiul bugetar curent sau contractele de finanțare, după caz;

- comisia de evaluare nu a considerat inacceptabilă oferta depusă de ... din cauza litigiului cu liderul asocierii ..., conform dosarului nr. ..., depus la Judecătoria ..., ci a luat act de faptul că, în mod firesc, legal, liderul asocierii, pe cale juridică, a întreprins demersuri pentru împărțirea răspunderii financiare și legale pentru neîndeplinirea contractului și rezilierea acelui acord-cadru (pct. 4.4. din acordul de asociere). Trebuie luată în considerare și lipsa de sinceritate a contestatoarei, care a susținut că nu avea cunoștință de documentul constatator în cauză, deși înscrisurile publicate în mediul online în cursul anului 2019, luna mai, dovedesc că aceasta a fost o informație publică, mediatizată;

- evaluarea ofertelor depuse în cadrul procedurii de atribuire a fost realizată astfel încât autoritatea contractantă să aibă garanția îndeplinirii corespunzătoare a contractului de lucrări atribuit, ofertanți trebuind să-și asume cu profesionalism și seriozitate angajamentul legal încheiat, având în vedere că sunt cunoscute situații concrete când acest lucru, din motive multiple, nu se întâmplă, iar beneficiarii, autorități publice sunt prejudiciate.

Documentele necesare soluționării cauzei au fost transmise de către autoritatea contractantă odată cu punctul de vedere nr. 1839/08.07.2020.

Prin adresa nr. 1262/13.07.2020, înregistrată la Consiliu cu nr. 28047/13.07.2020, ... depune „Răspuns la punctul de vedere al autorității contractante”, precizând, pe lângă aspectele deja prezentate, următoarele:

- susținerile autorității contractante nu sunt întemeiate în fapt și drept, negăsindu-și susținere în legislația achizițiilor publice, pentru a constitui motive de respingere, ca inacceptabilă, a ofertei.

În realitate, susținerile autorității contractante se remarcă printr-o dizertație asupra contextului mass-media din perioada post denunțării contractului de lucrări asupra căruia poartă documentul constatator negativ reprezentând în fapt o apărare a conduitei culpabile a liderului, pe care ... o folosește sub pavăza "răspunderii solidare" pentru justificarea deciziei sale de declarare inacceptabilă a ofertei;

- ... face o confuzie gravă între răspunderea solidară a asociaților față de autoritatea contractantă, răspundere pe care doar autoritatea contractantă (în speță ...) o putea atrage, în virtutea prevederilor art. 185 din Legea nr. 98/2016, și răspunderea contractuală a asociaților, având ca izvor acordul de asociere;

- împrejurarea că, în documentul constatator, este bifat la "calitatea în care a participat la îndeplinirea contractului" "contractant" și nu "contractant asociat", este firească, atâta vreme cât contractant era asocierea ..., iar acțiunile liderului erau luate "în numele Asocierii", conform art. 4.1 din acordul de asociere, acesta având deplină putere de reprezentare, (putere pe care și-a depășit-o, prin încălcarea mandatului acordat);

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

Procedura simplificată, desfășurată online, a fost inițiată de ..., în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „MODERNIZARE ...”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat ..., criteriul de atribuire aplicat a fost „cel mai bun raport calitate-preț”, valoarea estimată a contractului de lucrări ce urmează a fi atribuit fiind de 15.644.213 lei, fără TVA.

Consiliul constată că ... a înaintat Consiliului contestația de față, depunând în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 206368947/1, emisă de CEC Bank – Sucursala ..., în data de 07.07.2020, prevăzută de art. 61^1 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în cuantum de 35.000 lei.

Restituirea acestei cauțiuni se va face în condițiile art. 61^1 alin. (5) și următoarele din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Conform raportului procedurii de atribuire nr. 1763/02.07.2020, au fost depuse 3 oferte, cea aparținând contestatoarei fiind respinsă, ca inacceptabilă, în temeiul prevederilor art. 137 alin. (1) și (2) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare și ale art. 169 din legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, deoarece există documentul constatator negativ nr. 2/12113/ 6.05.2019, emis de ..., ... ca urmare a nesemnării contractului subsecvent de către asocierea ...-... și perceperii sumei de 795.433,64 lei ca daune interese de la liderul ....

Prin prezenta contestație, ... formulează critici cu privire la motivul de excludere a ofertei sale, susținând că autoritatea contractantă nu a ținut cont de următoarele elemente:

- decizia de a refuza semnarea contractului pentru care s-a aplicat sancțiunea rezilierii și a fost emis documentul constatator negativ a fost luată de liderul asocierii în mod exclusiv;
- liderul nu a cerut acordul asociatului și nici nu l-a informat pe acesta asupra deciziei de a nu semna contractul subsecvent;
- certificatul constatator a fost comunicat de către autoritatea contractantă doar către ... și publicat în SEAP pe pagina acestuia;
- autoritatea contractantă a ales să nu procedeze la atragerea răspunderii solidare a asociaților solicitând daune-interese numai liderului asocierii.

Consiliul reține că, în concret, autoritatea contractantă a respins oferta contestatoarei în temeiul prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, respectiv ”Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile”, apreciind că nesemnarea contractului subsecvent reprezintă o încălcare gravă a obligațiilor principale și s-au solicitat și plătit daune-interese de către liderul asocierii implicate în respectiva procedură de atribuire, documentul constatator nr. 2/12113/ 6.05.2019 confirmând existența situației descrise de art.

166 alin. (8) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, respectiv ”Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege”.

Consiliul reține că ... nu susține nelegalitatea documentul constatator nr. 2/12113/6.05.2019, ci se limitează la a invoca faptul că acesta nu îi este opozabil, susținere ce nu poate fi primită deoarece a participat la procedura de atribuire și a semnat acordul-cadru în calitate de asociat, răspunderea fiind a asocierii din care a făcut parte.

De asemenea, nu pot fi primite susținerile legate de faptul că nu a avut cunoștință asupra refuzului ... de a semna contractul subsecvent și asupra rezilierii acordului cadru de către DRDP Iași, în condițiile în care asocierea a stabilit un lider pentru relațiile cu autoritatea contractantă, eventualele prejudicii suferite sau faptul că autoritatea contractantă nu s-a îndreptat cu solicitări de daune-interese împotriva sa nu conduc la eludarea răspunderii contestatoarei în acordul-cadru semnat.

Consiliul constată că decizia autorității contractante de respingere a ofertei contestatoarei se încadrează în prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, coroborate cu prevederile art. 169 din același act normativ, reținut fiind și faptul că în adresa de răspuns nr. 1156/23.06.2020, nu a prezentat dovezi în sensul prevederilor art. 171 alin. (1) din același normativ pentru a permite autorității contractante să decidă menținerea acesteia în procedura de atribuire.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează să respingă, ca nefondată, contestația formulată de ... în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....

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

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate,

potrivit prevederilor art. 29 și art. 32 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de ... în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

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

Redactat practicaua deciziei
...

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 9 (nouă) pagini.