CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, Bucureşti, cod poştal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 şi +4 021.310.46.42 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 contestaţia nr. 189/08.03.2017, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 8033/08.03.2016, depusă de ..., cu sediul în comuna ..., str. ... nr. ..., județul ..., având CUI RO ... și număr de înregistrare în Registrul Comerţului ..., privind procedura simplificată, într-o singură etapă, organizată de ..., cu sediul în ..., județul ..., în calitate de autoritate contractantă, pentru atribuirea contractului de *lucrări de modernizare aferente investițiilor: Modernizare drum de interes local Ulița ..., din ..., județul ..., Modernizare drum de interes local Ulița ..., din ..., județul ..., Modernizare drum de interes local Ulița ..., din ..., județul ... și Modernizare drum de interes local Halta ... și Ulița ..., din ..., județul ...*, contestatoarea a solicitat anularea raportului privind rezultatul procedurii de atribuire, a răspunsului nr. 1695/03.03.2017, prin care au fost respinse remediile propuse de contestatoare prin notificarea prealabilă, a comunicării nr. 1455/23.02.2017 și a procesului – verbal/raportului prin care comisia de evaluare a exclus oferta ..., obligarea autorității contractante la aplicarea măsurilor de remediere indicate în notificarea prealabilă și la reluarea procedurii de evaluare a ofertelor, cu includerea ofertei sale.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Prin contestaţia formulată în cadrul procedurii de atribuire amintite, ... a solicitat cele menţionate în partea introductivă a deciziei, arătând că, urmare a admiterii contestației anterioare, prin decizia Consiliului nr. .../..../.../..., autoritatea contractantă a fost obligată să reevalueze oferta sa.

Astfel, menționează că, după reevaluarea propunerii tehnice și financiare, oferta s-a clasat pe primul loc.

Ulterior, comisia de evaluare a analizat conținutul DUAE și, cu toate că a primit suficiente informații relevante referitoare la faptul că oferta nu se încadrează în prevederile art. 167 din Legea nr. 98/2016, a exclus-o și a desemnat câștigătoare oferta ..., fără să țină cont de principiul utilizării eficiente a fondurilor publice, din moment ce a exclus oferta contestatoarei a cărei valoare este cu 164.607,53 lei mai mică decât a ofertantului desemnat câștigător.

Consideră că argumentele comisiei de evaluare nu sunt corecte și nici de natură a invalida oferta, motiv pentru care a formulat și înaintat autorității contractante notificarea prealabilă din data de 28.02.2017, la care a primit răspunsul nr. 1695/03.03.2017, fiind informată că nu se va dispune niciuna dintre măsurile de remediere propuse.

În referire la temeinicia contestației formulate, ... citează prevederile art. 65, art. 66 și art. 132 din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 98/2016.

Reiterează faptul că, după clasarea ofertei sale pe primul loc, comisia de evaluare a reluat analiza conținutului DUAE, pe care o finalizase, deși nu se putea analiza propunerea tehnică și financiară de către comisia de evaluare, până nu se termina de analizat și verificat DUAE.

Arată că este de remarcat și faptul că autoritatea contractantă, răspunzând solicitării sale formulate la finalul răspunsului la clarificări – adresa nr. 96/06.02.2017, cu privire la modalitatea în care a intrat în posesia documentelor constatatoare emise de Consiliul Județean ..., care au stat la baza deciziei de excludere a ofertei sale, inclusiv a celor comunicate prin adresa nr. 960/07.02.2017, i-a precizat că *certificatele constatatoare sunt disponibile pe site-ul SEAP*.

Prin urmare, susține că, din analiza DUAE, comisia de evaluare trebuia să ia cunoștință de așa zisele documente constatatoare emise de Consiliul Județean ... în septembrie 2015, aflate pe site-ul SEAP încă de la data în care s-a aflat în prima fază a evaluării, deoarece avea obligația verificării modului de îndeplinire a criteriilor de calificare și selecție de fiecare ofertant în parte prin analizarea conținutului DUAE, iar apoi trebuia să procedeze la verificarea fiecărei oferte atât din punct de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punct de vedere al aspectelor financiare pe care le implică.

Contestatoarea subliniază că a oferit un răspuns concludent la adresa nr. 801/01.02.2017 a autorităţiii contractante și a transmis documente edificatoare de natură să demonstreze neîncadrarea sa în situația prevăzută de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

În acest sens, precizează că, prin adresa nr. 96/06.02.2017, a oferit clarificările necesare și a demonstrat modalitatea în care s-a derulat relația sa comercială cu Consiliul Județean ..., prezentând informații cu privire la cererea de chemare în judecată, pe care a formulat-o ca urmare a neîndeplinirii obligațiilor contractuale de către Consiliului Județean ...,

cerere ce a fost analizată de Tribunalul ... – în dosarul nr. ...Complet C2 – CAF – NCPC și a fost admisă. Menționează că a comunicat comunei ... și hotărârea instanței prin care s-a pronunțat soluția.

Cu toate acestea, achizitoarea a apreciat că sunt incidente dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Nu în ultimul rând susține că, prin clarificările înaintate comisiei de evaluare, a demonstrat că nu și-a încălcat obligațiile contractuale asumate față de Consiliul Județean ..., în cauză fiind aplicabilă excepția privitoare la neexecutarea contractului, ca urmare a neexecutării, vădit culpabile, a obligațiilor de plată din partea pârâtului debitor Județul ..., prin neachitarea serviciilor de deszăpezire și a serviciilor de întreținere pe timp de iarnă deja efectuate.

Totodată, precizează că nu au încetat anticipat contractele încheiate cu Consiliul Județean ..., aspect reținut și de Tribunalul ..., care a analizat excepția mai sus amintită și a respins-o.

În continuare sunt citate prevederile art. 168 și 171 din Legea nr. 98/2016 și sunt prezentate, în detaliu, aspecte din cuprinsul sentinței civile nr. 1020/2016 pronunțată de Tribunalul ....

Precizează că, deși comisia de evaluarea a invocat în actul criticat, respectiv în adresa nr. 1455/23.02.2017, un răspuns primit din partea ANAP, *emis în data de 31.01.2017*, înainte de data la care i-au fost solicitate clarificări în legătură cu documentele constatatoare emise de Consiliul Județean ..., fără analiza clarificărilor transmise, a considerat că adresa ANAP clarifică *fără echivoc că prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 sunt aplicabile*, efectuând o interpretare voit greșită a răspunsului criticat.

În punctul său de vedere nr. 2014/15.03.2017, înregistrat la Consiliu cu nr. 9329/17.03.2017, Primăria Comunei ... solicită respingerea contestației ca neîntemeiată.

În susținerea acestei finalități arată că, prin comisia de evaluare, a procedat la verificarea în SEAP a secțiunii dedicate documentelor constatatoare de neîndeplinire a obligațiilor contractuale regăsind astfel un număr de trei certificate emise de Consiliul Județean ... în anul 2015, având ca obiect rezilierea contractelor încheiate cu ....

Ca urmare a celor constatate și pentru clarificarea situației de excludere din cadrul procedurii, în data de 26.01.2017, s-a adresat ANAP, pe site-ul oficial dedicat întrebărilor în vederea solicitării punctului de vedere avizat asupra celor trei certificate constatatoare, precum și a aplicării prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, în data de 31.01.2017, ANAP a emis răspunsul la solicitarea înaintată, clarificând fără echivoc că prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 sunt aplicabile. Este redat răspunsul primit.

Autoritatea contractantă afirmă că, față de răspunsul inițial, raportat și la răspunsul operatorului economic nr. 96/06.02.2017, prin care acesta nu a adus dovezi în sprijinul celor declarate în DUAE, comisia de evaluare a hotărât solicitarea către Consiliul Județean ... a clarificării documentelor

constatatoare. Consiliul Județean ... a precizat faptul că documentele constatatoare nr. 12789/15.09.2015, 12788/15.09.2015 și nr. 12783/15.09.2015 nu au fost contestate în justiție potrivit Legii contenciosului adininistrativ nr. 554/2004.

Pe cale de consecință, documentele constatatoare mai sus menționate sunt valabile și au intrat în circuitul civil producând efecte.

De asemenea, susține că documentelor constatatoare, în cauză, le este aplicabilă legea de la momentul emiterii lor, respectiv Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, un exemplar al acestora fiind eliberat și operatorului economic, conform art. 97^1 alin. (2) lit. a), precum și alin. (3) al aceluiași articol, pe care îl citează.

În această situație și având în vedere aplicabilitatea documentelor constatatoare la acordul – cadru, și nu la contractele subsecvente, autoritatea contractantă consideră că emiterea acestora de către Consiliul Județean ... s-a făcut în mod temeinic și legal.

Susține că ... se prevalează de sentința civilă nr. 1020/2016 pronunțată de Tribunalul ... în dosarul nr. 783/109/2016, prin care a fost soluționată cererea în pretenții formulată de aceasta și nu a avut ca obiect anularea documentelor constatatoare.

Mai mult decât atât, precizează că sentința civilă nr. 1020/2016 pronunțată de Tribunalul ... nu este soluționată irevocabil, fiind atacată cu recurs de către ambele parți, astfel încât nu a fost luată în considerare de către comisia de evaluare a ofertelor ca fiind un răspuns suficient și relevant pentru demonstrarea faptului că ... nu se încadrează în situația prevăzută de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Totodată, afirmă că societatea contestatoare avea obligația de a declara în DUAE și de a informa autoritatea contractantă despre existența documentelor constatatoare nr. 12789/15.09.2015, 12788/15.09.2015 și 12783/15.09.2015, emise de Consiliul Județean ..., iar nedeclararea acestora a fost făcută cu rea credință, cu scopul vădit de a induce în eroare autoritatea contractantă și de a nu fi exclusă din procedură.

De asemenea, susține că verificarea DUAE s-a făcut în două etape, în prima etapă s-a verificat completarea DUAE, iar în etapa a doua, înainte de a fi declarat câștigătorul procedurii, s-a procedat la verificarea conținutului DUAE.

Concluzionează că a respectat prevederile legale în domeniul achizițiilor publice, motiv pentru care solicită respingerea contestației ca neîntemeiată.

Dosarul achiziţiei şi documentele necesare soluţionării cauzei au fost transmise cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 9329/17.03.2017.

Prin adresa nr. 196/20.03.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 9453/20.03.2017, ... a transmis *Concluzii scrise*, prin care combate cele susținute de autoritatea contractantă în punctul de vedere.

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

... a iniţiat procedura simplificată, într-o singură etapă, în vederea atribuirii contractului de *lucrări de modernizare aferente investiţiilor: Modernizare drum de interes local ..., din ..., judeţul ..., Modernizare drum de interes local Uliţa ..., din ..., judeţul ..., Modernizare drum de interes local Uliţa ..., din ..., judeţul ... şi Modernizare drum de interes local Halta ... şi Uliţa ..., din ..., judeţul ...,* prin publicarea în SEAP a anunţului de participare simplificat nr. 392046/15.09.2016. Din informaţiile anunţului de participare simplificat, Consiliul reţine că valoarea estimată a contractului este de 2.107.212 lei, fără TVA, iar termenul de depunere a ofertelor a fost stabilit pentru 04.10.2016, ora 15:00.

Nemulţumită de decizia autorităţii contractante transmisă prin comunicarea nr. 7527/26.10.2016, potrivit căreia oferta ... a fost respinsă ca inacceptabilă şi neconformă, contestatoarea a înaintat contestaţia nr. 1474/11.11.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 34653/11.11.2016, admisă prin decizia nr. .../C9/... din 07.12.2016, prin care s-a dispus anularea procesului-verbal de evaluare intermediară nr. 3, în partea ce priveşte oferta contestatoarei, comunicarea privind rezultatul etapei I transmisă acesteia, raportul procedurii de atribuire nr. 7615/31.10.2016, în partea ce priveşte oferta ... şi ofertele admisibile, precum şi comunicările privind rezultatul procedurii. Autoritatea contractantă a fost obligată la reevaluarea ofertei ... şi stabilirea rezultatului procedurii, în termen de 15 zile de la primirea deciziei, cu respectarea celor din motivare, a documentaţiei de atribuire şi a dispoziţiilor legale în materia achiziţiilor publice.

Ulterior reevaluării ofertelor şi comunicării noului rezultat al procedurii cu adresa nr. 1455/23.02.2017, pentru motivele expuse, ... a depus contestaţia în analiză.

Trecând la soluţionarea contestaţiei, Consiliul constată că, prin adresa amintită, s-au comunicat contestatoarei următoarele:

Astfel, in cadrul procedurii de atribuire a contractului de achizitie publica de lucrari, ...a depus certificatul DUAE, in care la sectiunea C-Motive de insolventa, conflicte de interese sau abateri profesionale declara ca anterior nu a fost in situatia de reziliere anticipata a unui contract de achizitii publice.

In sensul celor declarate in cadrul certificatului DUAE, autoritatea contractanta prin comisia de evaluare a procedat la verificarea in SEAP a sectiunii dedicate documentelor constatatoare de neindeplinirea obligatiilor contractuale regasind astfel un numar de 3 certificate emise de Consiliul Judetean ... in anul 2015, avand ca obiect rezilierea contractelor incheiate cu ...

Ca urmare a celor constatate si pentru clarficarea situatiei de excludere din cadrul procedurii la data de 26.01.2017, autoritatea contractanta s-a adresat A.N.A.P. pe site-ul oficial dedicat intrebarilor(www.anap.gov.ro- sectiunea intrebari help desk) in vederea solicitarii punctului de vedere avizat asupra celor trei certificate constatatoare, precum si a aplicarii prevederilor articolului 167, alin. (1) lit. g din Legea nr. 98/2016.

La data de 31.01.2017 Autoritatea Nationala pentru Achizitii Publice emite raspunsul la solictarea inaintata, clarificand fara echivoc ca prevederile art . 167, alin. (1) lit. g din Legea nr. 98/2016 sunt aplicabile dupa cum urmeaza: "Conform prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 autoritatea contractanta exclude din procedura de atribuire a contractului de achizitie publica/acordului-cadru operatorul economic care si-a incalcat in mod grav sau repetat obligatiile principale ce-i

reveneau in cadrul unui contract de achizitii publice, al unui contract de achizitii sectoriale sau al unui contract de concesiune incheiate anterior, iar aceste incalcari au dus la incetarea anticipata a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sanctiuni comparabile.

Avand in vedere prevederile de mai sus precum si prevederile alin. (8) art. 167 din lege unde se mentioneaza ca se considera incalcari grave ale obligatiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/ executarea unor produse/servicii/lucrari care prezinta neconformitati majore care le fac improprii utilizarii conform destinatiei prevazute in contract, consideram ca autoritatea contractanta se va raporta atat la documentele constatatoare emise de aceasta cat si la documentele constatatoare emise de alte autoritati contractante, conditiile prevazute la art. 167 alin. (l) lit. g) din Legea nr. 98/2016 nefiind aplicabile prin cumul, sintagma „sau" indicand faptul ca emiterea unui document constatator pentru oricare din situatiile prevazute de articolul in discutie, conduce la excluderea din procedura a ofertantului in cauza."

Fata de raspunsul inaintat de Autoritatea Nationala pentru Achizitii Publice, si raportat la raspunsul operatorului economic nr. 96/06.02.2017, prin care acesta nu aduce dovezi in sprijinul celor declarate in DUAE, comisia de evaluare a hotarat solicitarea catre Consiliul Judetean ... a clarificarii documentelor constatatoare, astfel ca la data de 09.02.2017 a fost inaintata adresa nr. 1029 emisa de Comuna Stalpeni (anexata la prezentul proces-verbal) si inregistrata sub nr. 2018/09.02.2017 la Consiliul Judetean ....

Prin adresa nr. 12789/15.02.2017 emisa de Consiliul Judetean ... (anexata la prezentul proces-verbal) si inregistrata la autoritatea contractanta comuna Stalpeni sub nr. 1264/17.02.2017, se comunica faptul ca documentele constatatoare nr. 12789/15.09.2015, nr. 12788/15.09.2015 si nr. 12783/15.09.2015 nu au fost contestate in justitie potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004.

Pe cale de consecinta documentele constatatoare nr. 12789/15.09.2015, nr. 12788/15.09.2015 si nr. 12783/15.09.2015 sunt valabile si au intrat in circuitul civil producand efecte. Aceste acte administrative emise fiind si fara a fi contestate in perioada prevazuta de Legea nr. 554/2004, conform legii in vigoare la momentul emiterii respectiv H.G. nr. 925/2006, art. 97 indice 1, alin. 5, care stipula ca: "Documentele constatatoare emise de catre autoritatea contractanta in conformitate cu prevederile alin. (1) pot fi contestate in justitie potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificarile ulterioare." (a se vedea si prevederile actuale in vigoare, respectiv H.G. nr. 395/2016, art. 166 alin. (4) cu privire la contestarea documentelor constatatoare emise de autoritati tot in regimul Legii nr. 554/2004).

Vizavi de criticile aduse faptului că verificarea DUAE s-a efectuat ulterior evaluării propunerii tehnice și financiare, Consiliul reține că, într-adevăr, astfel cum a susținut și contestatoarea, aspectele reținute în comunicarea rezultatului procedurii trebuiau analizate de comisie la momentul verificării DUAE, și nu ulterior.

În acest sens sunt relevante următoarele dispoziții din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016:

- art. 65 alin. (1) *Comisia de evaluare analizează DUAE în conformitate cu prevederile cuprinse în cap. IV secţiunea a 8-a din Lege. (2) Comisia de evaluare are obligaţia de a analiza şi de a verifica fiecare ofertă atât din punctul de vedere al elementelor tehnice propuse, cât şi din punctul de vedere al aspectelor financiare pe care le implică. (3) În urma finalizării fiecăreia dintre fazele de verificare prevăzute la alin. (1) şi (2), autoritatea contractantă comunică fiecărui ofertant ce a fost respins*

motivele care au stat la baza acestei decizii, iar celorlalţi faptul că se trece la faza următoare de verificare, cu respectarea prevederilor cap. IV secţiunea a 13-a din Lege. (4) Comisia de evaluare are obligaţia, în urma finalizării fiecăreia dintre fazele de verificare prevăzute la alin. (1) şi (2), să introducă în SEAP rezultatul admis/respins, să comunice motivele de respingere ofertanţilor respinşi, să deschidă în SEAP sesiunea pentru prezentarea documentelor-suport aferente DUAE depuse de ofertantul de pe primul loc, precum şi să acorde un termen de răspuns;

- art. 132 alin. (1) și (2) *"(1) În cazul în care, în cadrul documentaţiei de atribuire, a fost prevăzută obligaţia îndeplinirii unor criterii de calificare şi selecţie formulate în baza criteriilor prevăzute la cap. IV secţiunea a 6-a paragraful 1 din Lege, comisia de evaluare are obligaţia verificării modului de îndeplinire a acestora de către fiecare ofertant/candidat în parte prin analizarea conţinutului DUAE. (2) Comisia de evaluare are obligaţia solicitării documentelor doveditoare privind îndeplinirea criteriilor de calificare ofertantului clasat pe primul loc în urma aplicării criteriului de atribuire*."

În cazul analizat, ulterior evaluării propunerii tehnice și financiare, care a cuprins inclusiv etapa de contestare la Consiliu a rezultatului privind evaluarea tehnică, comisia de evaluare a obținut din sistemul electronic anumite certificate constatatoare care, în opinia sa, demonstrau o completare eronată a DUAE de către ofertant, or, aceste constatări trebuiau a fi realizate în etapa de verificare a DUAE.

Cu toate acestea, dată fiind existența respectivelor certificate constatatoare, nici autoritatea contractantă, nici Consiliu, nu le poate ignora și, pentru faptul că a fost depășită etapa de verificare a DUAE, să nu le analizeze, astfel încât să poată fi stabilită admisibilitatea/ inadmisibilitatea ofertei.

Sub aspectul motivului de respingere reținut, Consiliul constată că, prin intermediul SEAP, comisia de evaluare a intrat în posesia a trei certificate constatatoare privind neîndeplinirea obligațiilor ... față de Consiliul Județean ....

Prin adresa nr. 801/01.02.2017, achizitoarea a solicitat contestatoarei clarificări în referire la cele trei documente constatatoare.

Ofertanta a răspuns cu adresa nr. 96/06.02.2017, în care a precizat că relația comercială derulată cu Consiliul Județean ... nu face obiectul procedurii organizată de .... A adăugat că modul de derulare a relației comerciale între ... și Consiliul Județean ... a făcut obiectul cererii de chemare în judecată formulată de ... (dosar nr. ...– Tribunalul ..., Secția de Contencios Administrativ și Fiscal). Prin hotărârea nr. 1020/2016 din 11.11.2016, instanța a admis în parte acțiunea și a obligat Consiliul Județean ... la plata sumei de 642.218,97 despăgubiri civile reprezentând contravaloarea lucrărilor de deszăpezire.

Contestatoarea a prezentat pe larg situația cu privire la derularea acordurilor-cadru (contractelor subsecvente) cu Consiliul Județean ... și a explicat că, *în data de 09.05.2015, Județul ..., prin adresa nr.*

12425/09.09.2015, a notificat-o, comunicând o așa-zisă reziliere a contractelor subsecvente de servicii nr. 18235-7 din 22.12.2014, ca urmare a neexecutării obligațiilor contractuale asumate în termenul fixat, privind începerea prestării serviciilor pe timp de vară. Prin această adresă a pârâtului debitor nr. 12425/09.09.2015, cât și prin documentele constatatoare finale referitoare la îndeplinirea obligațiilor contractuale nr. 12783/16.09.2015, 12788/16.09.2015 și 12789/16.09.2015, semnate de președintele Consiliului Județean ..., nu se face referire la neîndeplinirea obligațiilor aferente serviciilor de întreținere pe timp de iarnă a căror contravaloare face obiectul acțiunii în pretenții, ci doar neexecutarea lucrărilor pe timp de vară, așadar servicii ce trebuiau efectuate în temeiul acelorași contracte ca cele în care se prevedea prestarea serviciilor de întreținere pe timp de iarnă și care erau executate anterior de Ratelen Construct SRL și neachitate de debitoare.

S-a adăugat că, în documentele constatatoare, nu se precizează niciun prejudiciu adus autorității contractante.

Ofertanta a concluzionat că, dată fiind soluția Tribunalului ... în dosarul nr. 783/109/2016, documentele constatatoare nu pot conduce la incidența prevederilor alin. (1) lit. g) și alin. (8) art. 167 din Legea nr. 98/2016.

Potrivit art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 *"(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situaţii: g) operatorul economic şi-a încălcat în mod grav sau repetat obligaţiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziţii publice, al unui contract de achiziţii sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la <u>încetarea anticipată a respectivului contract</u>, plata de daune-interese sau alte sancţiuni comparabile."*

Conform alin. (8) al aceluiași articol *În sensul dispoziţiilor alin. (1) lit. g) se consideră încălcări grave ale obligaţiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, <u>neexecutarea contractului</u>, livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformităţi majore care le fac improprii utilizării conform destinaţiei prevăzute în contract.*

Asupra aplicării prevederilor citate cazului analizat, ... a adresat o solicitare de clarificări Agenției Naționale pentru Achiziții Publice, aceasta precizând următoarele: *Având în vedere prevederile de mai sus precum și prevederile alin. (8) art. 167 din lege unde se menționează că 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, considerăm că autoritatea contractantă se va raporta atât la documentele constatatoare emise de aceasta cât și la documentele constatatoare emise de alte autorități contractante, condițiile prevăzute la art. 167, alin. (1), lit. g) din Legea nr. 98/2016 nefiind aplicabile prin cumul, sintagma*

”sau” indicând faptul că emiterea unui document constatator pentru oricare din situațiile prevăzute de articolul în discuție, conduce la excluderea din procedură a ofertantului în cauză.

De asemenea, urmare solicitării adresate de autoritatea contractantă, prin adresa nr. 12789/15.02.2017, Consiliul Județean ... a informat-o că documentele constatatoare nu au fost contestate în justiție potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004. S-a adăugat că, pe rolul Curții de Apel ..., se află în curs de soluționare dosarul nr. .../2016, având ca obiect litigiu privind achizițiile publice – contract prestări servicii nr. .../22.12.2014, unde ... are calitatea de recurent reclamant, iar Județul ..., prin președintele Consiliului Județean ..., are calitatea de recurent pârât.

Analizând documentele constatatoare aflate la dosarul cauzei, se reține că acestea privesc contractele nr. .../22.12.2014, .../ 22.12.2014; .../22.12.2014, .../22.12.2014 și .../22.12.2014, .../22.12.2014.

Documentele cuprind mențiunea neexecutării în mod corespunzător a contractelor și rezilierii lor, nefiind identificat vreun prejudiciu.

Totodată, se constată că, la dosarul cauzei, a fost depusă sentința civilă nr. 1020/2016 din 11.11.2016, în care sunt reținute, între altele: ”*Pârâtul a invocat excepțiile lipsei de interes și neexecutarea contractului, excepții care sunt neîntemeiate și vor fi respinse ca atare, pentru motivele ce se vor arăta:*

Reclamanta justifică interesul legitim, în cauză prin necesitatea de a recupera contravaloarea unor servicii pe care le-a prestat.

De asemenea, nu poate fi reținută neexecutarea contractului întrucât la dosar sunt depuse procese verbale de recepție aferente serviciilor de deszăpezire, acte care sunt semnate și de reprezentanții pârâtului.

Cu privire la fondul cauzei se reține în baza acordurilor cadru și a contractelor subecvente încheiate între părți, în urma procedurii de achiziție publică desfășurată în baza OUG 34/2006, reclamanta s-a obligat să presteze servicii de deszăpezire și întreținere a drumurilor, pe mai multe drumuri naționale și județene pe raza județului ....

Părțile au stabilit și prețul serviciilor existând și posibilitatea ajustării acestuia, în condițiile convenite prin acordul cadru și contractele subsecvente.

Serviciile de deszăpezire și întreținere a drumurilor au fost prestate așa cum rezultă din procesele verbale de recepție care sunt confirmate și de reprezentanții pârâtului”.

Soluția instanței a fost de respingere a excepțiilor privind lipsa de interes și a neexecutării contractului și admitere în parte a acțiunii reclamantei. Pârâta a fost obligată la plata către reclamant a sumei de 684.218,97 lei despăgubiri civile reprezentând contravaloarea lucrărilor de despăzire și întreținere.

Împotriva acestei sentințe ambele părți au formulat recurs la Curtea de Apel ..., Secția a II-a civilă, de contencios administrativ şi fiscal, astfel cum se arată și în adresa nr. .../15.02.2017 a Consiliului Județean ....

Se observă, așadar, din cele de mai sus, că, pentru a decide respingerea ofertei ..., autoritatea contractantă a luat în considerare cele trei documente constatatoare, fără a lua în calcul sentința civilă amintită și probele depuse în susținere de contestatoare.

Din textul articolului art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu alin. (8) al aceluiași articol, se desprind două condiții a fi îndeplinite pentru excluderea ofertantului. Astfel, pe de o parte, este necesar ca *operatorul economic să-și fi încălcat în mod grav sau repetat obligaţiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziţii publice încheiat anterior,* iar, pe de altă parte, *aceste încălcări să conducă la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancţiuni comparabile.* Se consideră încălcări grave, între altele, neexecutarea contractului.

Totodată, conform art. 168 alin. (1) din lege *Autoritatea contractantă are obligaţia de a accepta ca fiind suficient şi relevant pentru demonstrarea faptului că ofertantul/candidatul nu se încadrează în una dintre situaţiile prevăzute la art. 164, 165 şi 167, orice document considerat edificator, din acest punct de vedere, în ţara de origine sau în ţara în care ofertantul/candidatul este stabilit, cum ar fi certificate, caziere judiciare sau alte documente echivalente emise de autorităţi competente din ţara respectivă.*

Din întregul material probator aflat la dosarul cauzei, nu se poate trage concluzia că cele două condiții mai sus amintite sunt îndeplinite în cazul ....

Într-adevăr, societatea contestatoare nu a depus nicio dovadă că a solicitat anularea și suspendarea documentelor constatatoare, în condițiile Legii contenciosului administrativ nr. 554/2005, astfel încât ele să nu își producă efectele.

Cu toate acestea, în contextul noii legislații, simpla existență a documentelor constatatoare nu poate conduce la excluderea ofertantului, câtă vreme trebuie verificată de către autoritate îndeplinirea anumitor condiții prevăzute expres de textele legale citate.

Autoritatea contractantă nu a demonstrat că ofertanta și-a încălcat în mod grav și repetat obligațiile contractuale și nici că aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancţiuni comparabile, cu atât mai mult cu cât documentele constatatoare nu cuprind referire la existența vreunui prejudiciu.

În cauză, nu se poate vorbi despre o încetare anticipată a contractelor și o neexecutare a lor, câtă vreme ... a opus autorității contractante excepția de neexecutare, iar prin sentința civilă nr. 1020/2016 din 11.11.2016 a Tribunalului ..., Secția Civilă, s-a respins excepția de neexecutare a contractului ridicată de Consiliul Județean ..., printre altele, reținându-se că *serviciile de deszăpezire și întreținere a drumurilor au fost prestate, așa cum rezultă din procesele-verbale de recepție care sunt confirmate și de reprezentanții pârâtului*.

Potrivit art. 1556 alin. (1) din Codul civil *"Atunci când obligațiile născute dintr-un contract sinalagmatic sunt exigibile, iar una dintre părți nu execută sau nu oferă executarea obligației, cealaltă parte poate, într-o măsură corespunzătoare, să refuze executarea propriei obligații, afară de*

cazul în care din lege, din voința părților sau din uzanțe rezultă că cealaltă parte este obligată să execute mai întâi".

Astfel cum invocă și contestatoarea, excepția *non adimpleti contractus* reprezintă un mijloc de apărare aflat la dispoziția uneia dintre părțile contractului sinalagmatic pe care îl exercită în cazul în care i se pretinde executarea obligației ce-i incumbă, fără ca partea care pretinde aceasta executare să-și execute propriile obligații.

De asemenea, conform art. 430 alin. (1) și (4) Cod procedură civilă (1) "*Hotărârea judecătorească ce soluționează, în tot sau în parte, fondul procesului sau statuează asupra unei excepții procesuale ori asupra oricărui alt incident are, de la pronunțare, autoritatea de lucru judecat cu privire la chestiunea tranșată. (4) Când hotărârea este supusă apelului sau recursului, autoritatea de lucru judecat este provizorie*". Hotărârea este opozabilă terților, conform art. 435 Cod procedură civilă.

Autoritatea contractantă nu putea ignora toate documentele și explicațiile aduse de ... și să ia în considerare, pentru a decide excluderea ofertantei de la procedură, doar documentele constatatoare emise de Consiliul Județean ....

Nefiind demonstrată de către achizitoare îndeplinirea condițiilor la care face referire art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, oferta nu putea fi exclusă.

Se constată, astfel, față de cele de mai sus, că în mod nelegal a fost respinsă oferta contestatoarei, impunându-se reevaluarea acesteia.

Vizavi de cererea contestatoarei de a i se transmite completarea depusă de autoritatea contractantă cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. .../21.03.2017, se reține că, întrucât aceasta cuprinde punctul de vedere emis de Agenția Națională pentru Achiziții Publice, al cărei conținut a fost redat în comunicarea privind rezultatul procedurii, nu se mai impune transmiterea adresei către petentă.

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

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite contestaţia formulată de ..., în contradictoriu cu ..., și anulează raportul procedurii de atribuire nr. 1401/22.02.2017, în partea ce privește oferta contestatoarei și oferta desemnată câștigătoare, și comunicările privind rezultatul procedurii transmise contestatoarei și ofertantei desemnate câștigătoare. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei ... și stabilirea rezultatului

procedurii, în termen de 15 zile de la primirea deciziei, cu respectarea celor din motivare, a documentației de atribuire și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare.

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