



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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.cnsr.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația nr. ..., formulată de ..., cu sediul în ..., împotriva comunicării rezultatului procedurii nr. ..., emisă de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii proprii organizată în vederea încheierii acordului-cadru de „...”, s-a solicitat Consiliului anularea actului mai sus menționat, a raportului procedurii care a stat la baza întocmirii lui precum și a tuturor actelor subsecvente, reluarea procedurii și reanalizarea, în mod corect, a ofertei sale.

Prin contestația nr. ..., formulată de ..., cu sediul în - administrator, împotriva comunicării rezultatului procedurii nr. ..., emisă de ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul acele... proceduri proprii, s-a solicitat Consiliului anularea documentului mai sus precizat și implicit și a celorlalte acte subsecvente și pe cale de consecință reanalizarea și reevaluarea ofertei declarată admisibilă și câștigătoare depusă de Asocieria ... – ..., raportat la prevederile în vigoare în materia achizițiilor publice și în conformitate cu prevederile legale referitoare la respectarea obligațiilor salariale de plată care sunt în sarcina oricărui angajator, Codul Muncii, Codul Fiscal, în conformitate cu prevederile documentației de atribuire și declararea câștigătoare dintre ofertele admisibile, cu respectarea criteriului de atribuire.

Pentru soluționarea unitară a contestațiilor, având în vedere că au fost formulate în cadrul acele... proceduri de atribuire, și pentru

motive care țin de economie procedurală, Consiliul procedează la conexarea lor, în conformitate cu dispozițiile art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care operatorul economic ... reclamă comunicarea rezultatului procedurii nr. ..., prin care i s-a adus la cunoștință faptul că oferta sa a fost declarată inacceptabilă, în baza art. 167 alin. (1) lit. g), h) din Legea nr. 98/2016.

În motivarea contestației, contestatorul face un scurt istoric al procedurii și arată că, urmare a depunerii unei contestații de către operatorul economic ..., autoritatea contractantă, în data de 20.12.2019, i-a transmis, pe adresa de e-mail, un nou Raport al procedurii și actul cu nr. ..., intitulat comunicare rezultat procedură, prin care i-a adus la cunoștință că oferta sa a fost declarată necâștigătoare, precum și faptul că oferta câștigătoare este cea depusă de Asocieria ... – Din conținutul actului cu nr. ... reiese că, ulterior depunerii contestației, comisia de evaluare analizând conținutul acesteia ia cunoștință de existența unor certificate constatatoare pe care contestatorul le-a semnalat: Documentul Constatator nr. ..., emis de ... și Documentul constatator nr. ..., emis de către Serviciul de mentenanță drumuri și plan din cadrul

Față de acest aspect, autorul contestației apreciază că, având în vedere prevederile art. 167 din Legea nr. 98/2016 și art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016, simpla existență a unui document constatator negativ, calificat astfel pentru diverse motive de neexecutare întocmai a contractului, nu atrage excluderea automată din competiție a ofertantului. Autoritatea contractantă avea obligația analizării celor două documente constatatoare în acord cu prevederile art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016, pentru a stabili îndeplinirea sau nu a condițiilor cumulative prevăzute în lege și totodată avea obligația de a-i acorda posibilitatea stabilită la art. 171 din Legea nr. 98/2016, a dovedirii în concret a credibilității prin raportarea la motivele de excludere. Totodată, consideră că aceasta trebuia să solicite prezentarea unor clarificări în legătură cu documentele constatatoare care au stat la baza deciziei de excludere.

În urma unor astfel de solicitări, afirmă contestatorul, ar fi răspuns pozitiv, explicând, în mod detaliat, argumentat și motivat întreaga situație juridică aferentă celor două documente constatatoare. Astfel despre Documentul constatator nr. ..., emis

de ..., susține că acesta nu se încadrează în cazul de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, nefiind îndeplinite condițiile cumulative prevăzute la articolul respectiv. Despre Documentul constatator emis de către ... ar fi putut depune dovezi pentru a dovedi în concret credibilitatea arătând printre altele:

- modul de derulare al contractului și modul abuziv de reziliere unilaterală de către autoritatea contractantă;

- faptul că până la data comunicării notificării de reziliere unilaterale a Acordului cadru nu i s-au adus la cunoștință niciuna din abaterile enumerate la pct. 7 lit. a) în documentul constatator;

- faptul că nu există procese verbale de recepție a serviciilor cu obiecțiuni și toate facturile emise până la data notificării de reziliere au fost achitate integral, fără să se deducă penalități așa cum se stabilise în contract;

- faptul că preținsele abateri nu au fost indicate și în Notificarea de reziliere a acordului cadru și cp au fost constituite pro causa;

- faptul că documentul constatator i-a fost comunicat la aproximativ 3 luni de zile de la data notificării de reziliere a contractului fiind emis cu depășirea termenului de 14 zile definit de legiuitor și creând o îndoială serioasă asupra legalității lui;

- faptul că Documentul constatator a fost încărcat în SEAP cu încălcarea termenului de așteptare prevăzut de dispozițiile art. 166 alin. 5) din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă neașteptând finalizarea contestației depuse împotriva conținutului său;

- existența măsurilor adoptate împotriva măsurii abuzive de reziliere a contractului și de emitere a unui document constatator negativ, contestând în justiție ambele acte ale autorității contractante.

Ignorând obligația solicitării acestor clarificări, contestatorul susține că autoritatea a luat decizia excluderii ofertei sale fără a indica nicio referință concretă despre motivațiile avute în vedere în reținerea incidenței dispozițiilor art. 167 lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016, rezumând-se doar în a cita pasaje din conținutul acestora.

De asemenea, apreciază că motivarea deciziei de respingere a ofertei sale trebuia fundamentată pe o evaluare temeinică a documentelor constatatoare avute în vedere, iar nu pe o analiză superficială, care creează aparența unei evaluări neobiective, de natură a încălca principiul nediscriminării și principiul tratamentului egal al ofertanților.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente.

În drept, sunt invocate prevederile art. 8 din Legea nr. 101/2016.

Prin contestația nr., ... critică comunicarea rezultatului procedurii nr.

În cuprinsul contestației, autorul contestației învederează că, prin adresa nr., autoritatea contractantă a solicitat ofertantului Asocierea ... - ... completarea documentelor de calificare la procedura cu următoarele documente de calificare pentru asociatul ..., respectiv: Fișa de informații generale, Declarație privind efectivul mediul anual de personal, Declarație privind neîncadrarea în prevederile art. 165, Declarație art. 58, Declarație art. 63 și acordul de asociere. Aceste documente au fost transmise de către ofertantul în cauză ulterior termenului de depunere a ofertelor, respectiv în data de, motiv pentru care oferta acestei asocieri trebuia respinsă ca fiind neconformă, inacceptabilă.

De asemenea, contestatorul precizează că potrivit Acordului de asociere întocmit și transmis către autoritatea contractantă ulterior datei limită de depunere a ofertelor, ofertantul declara la pct. 2.2 din acord, "obiectul acordului" lit. a) și b), faptul că: ... (lider de asociere) - va presta servicii de pază și protecție și asociatul ... va presta în cadrul acestui contract servicii lunare de mentenanță și service la sistemul de incendiu. Pe cale de consecință, acești asociați și-au delimitat foarte clar atribuțiile, respectiv serviciile pe care le vor presta în cadrul contractului ce face obiectul prezentei proceduri.

Totodată, apreciază că tariful de 14,85 lei/oră, fără TVA, prezentat de ..., rezultat pentru prestarea serviciilor de pază și protecție nu poate fi susținut în mod legal, decât prin eludarea legislației în vigoare, respectiv a Codului Muncii și a Codului Fiscal.

În continuare, contestatorul prezintă detalierea modul de formare a unui preț minim ce poate fi oferat/practicat pentru prestarea serviciilor de pază.

... susține că există suspiciunea că ... nu include în fundamentarea prețului oferat cheltuielile prevăzute cu controlul medical la angajare, ce cade în sarcina angajatorului, conform Codului muncii - Legea nr. 53/2003 reactualizată și HG nr. 355 din 11 aprilie 2007.

De asemenea, învederează că există și suspiciunea că ... nu include în fundamentarea prețului oferat cheltuielile referitoare la activitatea de control specifică societăților de pază reglementată de HG nr. 301/2012, art. 10 alin. 3 și art. 33 alin. 3.

În susținerea afirmațiilor sale, autorul contestației invocă Hotărârea

Totodată, contestatorul susține că, potrivit Centralizatorului financiar depus de Asocierea ... - ..., acest ofertant declara că va folosi pentru prestarea serviciilor de pază un număr de 18 agenți de securitate. Ținând cont de faptul că în conformitate cu cerințele caietului de sarcini la pct. 3.2 - "durata acordului cadru" a fost

detaliat numărul total de ore lunar ce urmează a fi prestate, respectiv 3118 ore/lună și ținând cont de prevederile HG nr. 937/2018, în baza cărora s-a fundamentat oferta de preț, rezultă că un program normal de lucru este de 167,333 ore, astfel încât 3118 ore/lună: 167,333 ore/agent/lună = 18,63 agenți de securitate. Acest număr de 18,63 agenți de securitate rezultat conform calculului susmenționat este peste numărul de 18 agenți de securitate invocați de către ofertantul Asocieria ... - ... în oferta depusă.

Având în vedere cele de mai sus, ... afirmă că oferta Asocierii ... - ... trebuia respinsă ca neconformă, inacceptabilă, inadmisibilă.

Prin adresa nr. a transmis punctul de vedere asupra contestației formulată de ... subliniind că, în data de ..., în urma luării la cunoștință de contestația depusă de către ..., a analizat aspectele semnalate în cadrul acesteia, respectiv existența de certificate constatatoare emise de autorități contractante, ca urmare a îndeplinirii defectuoase a obligațiilor contractuale de către ..., care anterior fusese declarată câștigătoare.

În urma analizării certificatelor constatatoare: Documentul constatator nr., întocmit de către ... în data de ... care s-a soldat cu denunțarea unilaterală în data de ... datorită a 6 abateri din care una cu pagube materiale și întocmirea de către poliție a unui dosar penal pentru distrugere; Documentul constatator nr. ..., întocmit de către Serviciul de mentenanță drumuri și plan din ... datorită refuzării continuării serviciilor de pază în baza actului adițional și nerespectarea termenelor contractuale de prestare servicii; au existat suficiente motive pentru excluderea ofertantului Asocieria ... - ..., în baza art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016. În urma transmiterii comunicărilor privind rezultatul procedurii, ... a depus contestația înregistrată cu nr., motivat de faptul că autoritatea contractantă nu a analizat, în mod obiectiv, cele două certificate constatatoare și nu i-a acordat posibilitatea de a dovedi credibilitatea.

Față de acest aspect, organizatoarea procedurii afirmă că argumentele prezentate de care ... în contestație referitoare la cele două certificate constatatoare nu pot fi reținute din următoarele motive:

- argumentele ... referitoare la Documentul constatator emis de către ... sunt formulate fie din neștiință, fie din încercarea de a induce în eroare;

- Documentul constatator emis de către ... nu a fost anulat de către o instanță de judecată și nu există nici-o decizie a CNSC în acest sens.

În concluzie, autoritatea contractantă solicită Consiliului respingerea contestației formulată de ... ca fiind netemeinică și nefondată.

În drept, se invocă dispozițiile Legii nr. 98/2016, HG nr. 395/2016 și a Legii nr. 101/2016.

Prin adresa nr., ... a transmis punctul de vedere asupra contestației formulată de ..., în care arată că membrii comisiei de evaluare au analizat aspectele semnalate în cadrul acesteia, respectiv existența de certificate constatatoare emise de autorități contractante, ca urmare a îndeplinirii defectuoase a obligațiilor contractuale de către care anterior fusese declarată câștigătoare.

În urma analizării certificatelor constatatoare a menționat aceleași constatări ce cele cuprinse în punctul de vedere la contestația ..., precizând că, comisia de evaluare a considerat ca fiind suficiente motive pentru excluderea ofertantului asocierea ... în baza art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016.

În urma transmiterii comunicărilor privind rezultatul procedurii ... a depus contestația nr., în cuprinsul căreia susține că asocierea ... (lider de asociere) - ... a depus documente de calificare după termenul limită de depunere a ofertelor, respectiv data de De asemenea contestă tariful orar ofertat de firma declarată câștigătoare pentru serviciile de pază și arată că nu poate fi susținut în mod legal decât prin eludarea legislației în vigoare.

Criticile contestatoarei nu pot fi reținute din următoarele motive: - documentele depuse de către ofertantul asocierea ... (lider de asociere) - ... în data de au fost depuse inițial în ofertă. Ulterior s-a solicitat redepunerea lor întrucât s-a dorit o reverificare a acestor documente prin comparație cu elementele edificatoare ale acordului de asociere întocmit cu asociatul Documentele menționate în contestație, respectiv Declarație privind neîncadrarea în prevederile art. 165, Declarație art. 58, Declarație art. 63 și Fișa de informații generale au fost depuse ca anexă la ofertă.

În ceea ce privește Acordul de asociere, acesta nu a fost solicitat prin caietul de sarcini. În caietul de sarcini s-a inserat un model de propunere financiară extras din site-ul ANAP pentru servicii de pază. Oferta câștigătoare a respectat acest model și, de asemenea, a justificat prețul cu documente doveditoare.

Față de cel expuse, autoritatea contractantă consideră că a respectat principiile în materia achizițiilor publice, a întocmit Raportul procedurii în mod legal și corect și, pe cale de consecință, solicită respingerea contestației ca fiind netemeinică și nefondată.

Prin adresa nr., ... a depus *precizări* prin care arată că în data de ..., ..., care a emis Documentul constatator nr. ..., i-a comunicat adresa nr. 5 prin care i-a transmis că a luat măsuri de

remediere, având în vedere legalitatea contestată a documentului, menționând că va solicita operatorului SEAP radierea documentului din sistem.

Prin adresa nr. învederează faptul că, la data evaluării ofertelor, documentul constatator nr. ... întocmit de în data de ... era încărcat în SEAP și ca atare perfect valabil. Adresa nr. ... pe care o invocă ... este ulterioară datei reevaluării ofertelor și poate produce efecte doar pentru viitor, nu se aplică retroactiv.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. ..., ... a formulat *Concluzii scrise* precizând că, în urma efectuării studiului de dosar la sediul organizatoarei procedurii, nu a identificat documentele depuse de asociatul ... invocate de către autoritatea contractantă, în punctul său de vedere transmis către CNSC, cum că ar fi fost depuse inițial, respectiv anterior datei limită de depunere a ofertelor. La dosarul achiziției, a identificat o adresă/solicitare de clarificări nr. ... prin care autoritatea contractantă solicită pentru asociatul ... completarea dosarului cu documentele de calificare ale asociatului ..., respectiv: Fișa de informații generale, Declarație cu efectivul mediu de persoane angajate, Declarația cu art. 165, Declarația cu art. 58-63 și Acordul de asociere dintre cele doua entități. Acest document (Acordul de asociere) a fost comunicat către autoritatea contractantă pe data de 28.11.2019 purtând număr de înregistrare din data de, deci ulterior datei limită de depunere și deschidere a ofertelor. Acordul de asociere se impunea a fi depus de către ofertant din oficiu, ca și document de calificare la procedură, fără a fi solicitat expres de către autoritatea contractantă. Acesta reprezenta/ reglementa forma în care operatorii economici ... (lider de asociere) și ... au înțeles să participe la prezenta procedură. La data depunerii și deschiderii ofertei ... (lider de asociere) și ... nu aveau reglementată forma de participare la prezenta procedură, respectiv nu se putea oferta în numele asocierii atât timp cât asocierea nu era constituită. Acordul de asociere a fost întocmit ulterior, pro causa și conform legislației în vigoare - Noul Cod de Procedura Civilă, înscrisurile pro causa nu vor fi luate în considerare.

Urmare a punctului de vedere depus de către autoritatea contractantă, a solicitat din nou studierea dosarului achiziție sub aspectul celor precizate de către aceasta, fiindu-i puse la dispoziție de această dată *Declarațiile* depuse de către ... inițial, mai puțin *Fișa de date* și *Declarația privind efectivele medii anuale ale personalului angajat* care nu s-au regăsit la dosarul achiziției. Declarațiile depuse de către ... au același număr de înregistrare din date diferite, respectiv: Declarația cu art. 165 a fost depusă o dată cu nr. de înregistrare

Față de acest aspect, contestatorul apreciază faptul că Acordul de asociere și Declarațiile pentru asociatul ... sunt documente întocmite pro causa care au fost produse și transmise către autoritatea contractantă ulterior termenului limită de depunere a ofertelor și susține faptul că autoritatea nu avea baza legală pentru a solicita completarea acestor documente, încălcând astfel principiul tratamentului egal.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură proprie în vederea încheierii unui acord-cadru de servicii de pază și protecție și de servicii de mentenanță la sistemul de detecție și semnalizare a incendiilor, pentru perioada ..., prin publicarea în SEAP a anunțului de publicitate nr. și a documentației de atribuire aferente.

Prin Decizia nr. ..., în contradictoriu cu ..., a încuviințat, în principiu, și a respins, ca nefondată, cererea de intervenție voluntară accesorie nr. ..., depusă de

Împotriva rezultatului procedurii comunicat cu adresele nr. ... și nr. ..., ... și ... au înaintat Consiliului contestațiile de față (constituind cauțiunile aferente, conform dispozițiilor art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, prin depunerea Recipiselor de consemnare nr.

În ceea ce privește contestația nr. 1670/23.12.2019, înregistrată la CNSC sub nr. ..., formulată de ..., Consiliul constată că părțile sunt în dispută cu privire la decizia autorității contractante de a exclude oferta asocierii ... – ..., în baza art. 167 alin. (1) lit. g), h) din Legea nr. 98/2016.

Consiliul reține că, potrivit adresei nr. ..., privind comunicarea rezultatului procedurii, autoritatea contractantă a analizat atât Documentul constatat nr. ... emis de Spitalul Clinic de Boli I "Sf. Parascheva" ..., privind "îndeplinirea în mod defectuos a clauzelor contractuale" de către ... în cadrul

În acest sens, Consiliul reține că, în cuprinsul Documentului constatat nr. ... emis de Spitalul Clinic de Boli Infecțioase "Sf. Parascheva" ..., au fost menționate următoarele aspecte:

1. *Furnizor: ...*

(...)

3. *Numărul contractului: Acord cadru de prestări servicii de pază și protecție nr...*

4. *Obiectul contractului: Servicii de pază și protecție a bunurilor și persoanelor din cadrul Spitalului Clinic de boli infecțioase "Sf. Parascheva " ... – 1 post de pază – 24h/24 fix 7 zile.*

...

(...)

7. Criterii de evaluare a modului de îndeplinire a contractului:

a) abateri de la calitatea serviciilor contractate:

- La data de ..., în jurul orei 23:00, agentul dvs. de securitate era sub influența băuturilor alcoolice, motiv pentru care a fost sancționat de organele de poliție și a fost schimbat din serviciu;

- La data de ..., în jurul orei 23:00, agentul dvs. de securitate era sub influența băuturilor alcoolice, motiv pentru care a fost schimbat din serviciu;

- La data ..., în jurul orei 23:00, agentul dvs. de securitate a avut un comportament total nepotrivit față de angajații spitalului;

- La data de ..., în jurul orei 02:00, agentul dvs. de securitate a permis pătrunderea în unitatea sanitară a unei persoane fără drept de acces, persoană care a comis un furt de telefon mobil dintr-un salon;

- La data de 06.02.2019, în jurul orei 23:00, agentul dvs. de securitate se afla sub influența băuturilor alcoolice, a distrus ușa cabinei de pază fiind necesară intervenția organelor de poliție care au întocmit dosar penal pe numele angajatului dvs., totodată fiind necesară înlocuirea acestuia;

(...)

g) (...): luând în considerare cele menționate la alineatele de la litera a), considerăm că prestatorul și-a îndeplinit în mod defectuos clauzele contractuale;

h) (...): autoritatea contractantă a fost prejudiciată de furnizor prin distrugerea cabinei de pază, aducând și știrbirea imaginii unității.

În speță sunt relevante prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, care dispun că „autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații:

[...]

g) operatorul economic **și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i revineau în cadrul unui contract** de achiziții publice, al unui contract sectorial sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar **aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract**, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile;

[...]

Dispozițiile alin. (8) ale acelu... articol prevăd:

(8) În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. g) se consideră **încălcări grave** ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, **neexecutarea contractului**, **livrarea/prestarea/executarea** unor produse/**servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract.**

Din dispozițiile legale citate mai sus, rezultă că, pentru aplicarea motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, este necesar să fie îndeplinite condiții precum: - *prestarea unor servicii care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract;* - *au dus la încetarea anticipată a respectivului contract.*

În speța de față, suntem în prezența unui Document constatatator final, emis ca urmare a existenței unor abateri de la calitatea serviciilor contractate, de către contestator, ce au condus la *încetarea anticipată a respectivului contract.* În acest document se face referire și la existența unui prejudiciu vizând: - *distrugerea cabinei de pază.*

Consiliul constată că sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, în sensul că, în cuprinsul documentului, se face referire la abateri de la calitatea serviciilor contractate ce au condus la încetarea anticipată a respectivului contract.

Astfel, de vreme ce documentul constatatator în discuție nu a fost anulat de o instanță de judecată, până la data depunerii ofertei, el produce efecte, fiind incident cazul de excludere din procedură prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016. Orice act administrativ se bucură de prezumția de legalitate, care poate fi răsturnată doar printr-o hotărâre judecătorească definitivă de anulare a actului administrativ. De aceea, Documentul constatatator final nr. ... se bucură, în continuare, de prezumția de legalitate și produce efecte juridice, intrând în circuitul civil.

Se impune precizarea faptului că legiuitorul nu a condiționat excluderea din procedură în cazul prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 de existența unei hotărâri judecătorești definitive asupra legalității emiterii unui document constatatator.

Conform articolului menționat, autoritatea contractantă exclude din procedură orice operator economic care și-a încălcat în mod grav obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract. Or, în cazul contestatoarei, există un Document constatatator final care îndeplinește condițiile care atrag excluderea din procedură.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (1) și (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 depusă de ... în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Referitor la contestația nr., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., formulată de ..., Consiliul constată că părțile sunt în dispută cu privire la decizia autorității contractante de a declara admisibilă și câștigătoare oferta depusă de asocierea ... - ..., deși, susține contestatorul, aceasta ar fi neconformă și inacceptabilă.

De reținut că, potrivit caietului de sarcini publicat în SEAP, autoritatea contractantă a inițiat prezenta procedură de atribuire pentru achiziționarea următoarelor servicii:

3. Cerințe privind organizarea serviciilor

3.1 Se vor presta următoarele servicii :

A. Servicii de paza si protectie la adresele prezentate mai jos

B. Servicii lunare de mentenanta si service la sistemul de detectie si semnalizare a incendiilor care functioneaza in incinta Spitalului Judetean Vaslui , Str. Stefan cel Mare nr. 233

3. 2 Durata Acordului Cadru : 36 luni, incepand cu 01.01.2020

Nr. Crt.	Denumire	U/M	Cant	Total ore / luna
1.	Post fix 24 ore/zi – 744 ore	Buc	3	2232
2.	Post mobil 14 ore/zi L-V – 322 ore, 24 ore S-D=192 ore	Buc	1	514
3.	Post mobil 6 ore/zi-186 ore	Buc	2	372
	TOTAL		6	3118 / luna

3. 3

Numărul de posturi *

Posturile care fac obiectul prezentului acord cadru se regasesc mai jos

Specificații tehnice:

Se vor presta servicii de paza pt. următoarele posturi:

La Spitalul Judetean: -Str. Stefan cel Mare nr. 233

1 post fix poarta principala 24 ore /zi

1 post fix la lifturi 24 ore /zi

2 posturi mobile 6 ore/zi

La spitalul Judetean : - Str. Dr. Ghelerter nr.1

1 post fix 24 ore/zi la poarta

La policlinica : str. Mihail Kogalniceanu nr. 35*

1 post mobil 14 ore / zi iar sambata si duminica 24 ore/zi

(...)

6.2 Documente depuse de ofertant

Ofertele depuse vor cuprinde următoarele documente:

1. Declaratie privind neincadrarea in art.164 din Legea nr.98/2016;

2. Declaratie privind neincadrarea in situatiile prevazute la art.165 din Legea nr. 98/2016;

3. Declaratie privind neincadrarea in art.167 din Legea nr.98 /2016.

Nota: Documentele justificative care probeaza indeplinirea celor asumate prin completarea declaratiilor(164,165,167), urmeaza a fi prezentate la solicitarea autoritatii contractante, doar de catre ofertantul clasat pe locul I in clasamentul intermediar intocmit la finalizarea ofertelor.

Aceste documente pot fi:

1. certificate constatatoare privind lipsa datoriilor cu privire la plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat (buget local, buget de stat etc.) la momentul prezentării;

2. certificat constatator emis de ONRC

4. Declarație privind neincadrarea în situațiile prevăzute de la art. 58-63 din Legea nr. 98/2016.

** (...)*

6. Fisa de informații generale;

7. Declarație privind efectivul mediu anual al personalului angajat și al cadrelor de conducere în ultimii 3 ani;

8. Licența de funcționare eliberată de Inspectoratul General de Poliție pentru prestarea serviciilor de pază, în copie conform cu originalul

9. Aviz favorabil pentru funcționarea unui Dispecerat de Monitorizare a Sistemelor de alarmă (în conformitate cu art.53 din Legea 333/2003 coroborat cu art.90 din HG.nr.301/2012)

10. Autorizație (Nr. /Serie/data) emisă de Inspectoratul General Pentru Situații De Urgență pentru efectuarea lucrărilor de instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de semnalizare, alarmare și alertare în caz de incendiu

*11. Conform Metodologiei de autorizare a persoanelor care efectuează lucrări în domeniul apărării împotriva incendiilor, Art. 2 , alin.c) , Dovada angajării personalului de specialitate care deține un certificat de competență profesională pentru unul sau mai multe din domeniile prevăzute la Art.1, alin.2) iar în conformitate cu Anexa 3 la metodologie , acesta poate fi : **Inginer sisteme de securitate)***

12. Imputernicire scrisă, prin care reprezentantul operatorului economic este autorizat să angajeze ofertantul în procedura pentru atribuirea contractului de achiziție publică. Imputernicirea va fi însoțită de o copie a actului de identitate a persoanei imputernicite.

7. Pretul și Prezentarea ofertei:

7.1 Se va prezenta oferta cu pretul/ora cât și prețul pe numărul total de ore , exprimat în lei fără TVA.

7.2 Oferta financiară propusă, va fi prezentată în mod clar și va fi compusă din două părți:

a. În prima parte va fi prezentat formularul de oferta pretul în lei/ora

*b. În a doua parte , ofertantul va anexa fundamentarea modului de întocmire a pretului conform anexa **B** următoare*

Descriere :

Modul de fundamentare al ofertei financiare va ține cont de următoarele aspecte:

Se va detalia calculul valoric pentru tariful/oră/agent de securitate conform elementelor obligatorii stabilite prin legislația incidentă în domeniul muncii, respectiv: cel puțin salariul minim brut pe economie, CAS, CASS, șomaj, impozit, spor pentru ore suplimentare, spor pentru lucru în zilele de repaus săptămânal și sărbători legale, spor de noapte, medicina muncii la care se adaugă costurile de conformare la cerințele cadrului de reglementare a serviciilor de Securitate private (legea 333/2003 și HG 301/2012 (uniforme, echipament de autoapărare, echipament de comunicare, personal desemnat pentru coordonarea și controlul dispozitivului de pază, activități de instruire continuă, registre pentru activitatea de pază și SREN 54/2008 pentru activitatea de mentenanță a sistemului de detecție și avertizare la incendiu). Pentru alte echipamente și dotări necesare, consumabile, respectiv costuri indirecte și de administrare etc.

Se va întocmi în conformitate cu formularele următoare:

Nr. Crt.	Tip ore	Interval în cadrul săptămânii / Sporuri aplicabile	Volum ore	Preț Unitar	Tip serviciu (pază control acces, intervenție, patrulă, șeftură)	Valoare/ monedă
	ore prestate pe timp de zi:	Luni - Vineri 0%				
	Ore lucrate pe timp de noapte (22-06):	Luni-Vineri - 25%				
	Ore de zi, sărbători legale:	Luni-Vineri-100%				
	Ore de noapte, sărbători legale	Luni-Vineri -25%; 100%				
	Ore suplimentare, lucrate de zi:	Luni-Vineri 75%				
	Ore suplimentare de noapte (22-06):	Luni – Vineri 75%; 25%				
	Ore suplimentare, de zi, în timpul sărbătorilor legale:	Luni – Vineri 75%; 100%				
	Ore suplimentare, de noapte, sărbători legale	Luni – Vineri 75%; 25%; 100%				
	Ore prestate pe timp zi:	Sambata – Duminica - se aplica un spor decis de angajator (SDA)				
	Ore lucrate pe timp de noapte	Sambata– Duminica -25%; SDA				
	Ore lucrate de zi, în timpul sărbătorilor legale	Sambata – Duminica -100%; SDA				
	Ore lucrate de noapte în timpul sărbătorilor legale	Sambata – Duminica - 25%; 100%; SDA				
	Ore suplimentare de zi, sărbători legale	Sambata-Duminica - 75%; 100%; SDA				
	Ore suplimentare de noapte, în timpul sărbătorilor legale	Sambata – Duminica - 75%; 25%; 100%; SDA				

Referitor la susținerile contestatorului că, autoritatea contractantă a solicitat ofertantului Asocierea ... – ... *"completarea documentelor de calificare"* la procedura pentru asociatul ..., respectiv: Fișa de informații generale, Declarație privind efectivul mediul anual de personal, Declarație privind neîncadrarea în prevederile art. 165, Declarație art. 58, Declarație art. 63 și acordul de asociere, Consiliul constată că sunt neîntemeiate.

Conform caietului de sarcini publicat în SEAP:

6.2 Documente depuse de ofertant

Ofertele depuse vor cuprinde următoarele documente:

1. Declarație privind neîncadrarea în art.164 din Legea nr.98/2016;
2. Declarație privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art.165 din Legea nr. 98/2016;
3. Declarație privind neîncadrarea în art.167 din Legea nr.98 /2016.

Nota: Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea declarațiilor (164,165,167), urmează a fi prezentate la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea ofertelor.

Aceste documente pot fi:

1.certificate constatatoare privind lipsa datoriilor cu privire la plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat (buget local, buget de stat etc.) la momentul prezentării;

2. certificat constatator emis de ONRC

4. Declarație privind neîncadrarea în situațiile prevăzute de la art. 58-63 din Legea nr. 98/2016.

* (...)

6. Fisa de informatii generale;

7. *Declarație privind efectivul mediu anual al personalului angajat și al cadrelor de conducere în ultimii 3 ani;*
8. *Licența de funcționare eliberată de Inspectoratul General de Poliție pentru prestarea serviciilor de pază, în copie conform cu originalul*
9. *Aviz favorabil pentru funcționarea unui Dispecerat de Monitorizare a Sistemelor de alarmă (în conformitate cu art.53 din Legea 333/2003 coroborat cu art.90 din HG.nr.301/2012)*
10. *Autorizație (Nr. /Serie/data) emisă de Inspectoratul General Pentru Situații De Urgență pentru efectuarea lucrărilor de instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de semnalizare, alarmare și alertare în caz de incendiu*
11. *Conform Metodologiei de autorizare a persoanelor care efectuează lucrări în domeniul aparării împotriva incendiilor, Art. 2 , alin.c) , Dovada angajării personalului de specialitate care deține un certificat de competență profesională pentru unul sau mai multe din domeniile prevăzute la Art.1, alin.2) iar în conformitate cu Anexa 3 la metodologie , acesta poate fi :
Inginer sisteme de securitate / 215119(214319) și/sau tehnician pentru sisteme și instalații de semnalizare, alarmare și alertare în caz de incendiu / 742105(724205)*
12. *Imputernicire scrisă, prin care reprezentantul operatorului economic este autorizat să angajeze ofertantul în procedura pentru atribuirea contractului de achiziție publică.Imputernicirea va fi însoțită de o copie a actului de identitate a persoanei imputernicite.*

Apare astfel ca fiind evident faptul că autoritatea contractantă nu a solicitat, în mod specific, prezentarea, în cazul ofertării în asociere, a Acordului de asociere și nici a documentelor mai sus menționate, și pentru asociatul minoritar. În acest sens, trebuie avut în vedere că, în speță se derulează o procedură proprie pentru achiziționarea de servicii cuprinse în Anexa 2 din Legea nr. 98/2016, situație în care autoritatea contractantă nu avea obligația impunerii tuturor cerințelor unei documentații de atribuire, ci doar a respectării principiilor prevăzute la art. 2 din Lege.

În acest sens, este dreptul autorității contractante de a solicita prezentarea de către asociatul ... a documentelor prevăzute în caietul de sarcini pentru ofertant.

În continuare, este de reținut că autorul contestației, ..., susține că ... în calitate de lider al asocierii ... - ... "va asigura serviciile de pază și protecție cu valoarea de lei fără TVA reprezentând 90% din valoarea ofertată din care rezultă un tarif orar pentru prestarea serviciilor de pază de 14,85 lei/ora fără TVA", iar conform propriilor calculații: "tariful orar inclusiv taxe devine 16,07 lei/ora, la care se adaugă în mod obligatoriu (...) cheltuieli indirecte: (...) Rezultă până la această etapă un cost total orar de 16,66 lei/ora. (...) se adaugă în mod obligatoriu și următoarele categorii de costuri:

- Cheltuieli cu asigurarea intervenției și mentenanței conform solicitării din documentația de atribuire

- cheltuieli indirecte și profit".

În acest sens, Consiliul constată că asocierea în cauză a ofertat un tarif unitar de 16,50 lei pentru un post de pază permanent 24 h (lei fără TVA), care, așa cum rezultă din răspunsul acesteia la

clarificările solicitate de autoritatea contractantă, "conține atât valoarea aferentă serviciilor de pază și protecție cât și valoarea aferentă serviciilor de service și mentenanță pentru sistemul de alarmare la incendii (așa cum am menționat în pct. 3 din formularul de ofertă – formularul 7, prezentat la deschiderea ofertelor)".

Referitor la susținerile ... de la pct. B. și C. din contestație, în care arată că: *"Există suspiciunea rezonabilă că acest ofertant nu include cheltuielile prevăzute cu controlul medical la angajare; (...) nu include cheltuielile referitoare la activitatea de control specifică societăților de pază reglementată de HG 30/2012 art. 10 alin. 3 și art. 33 alin. 3"*, Consiliul constată că aceste componente ale prețului ofertat de asocierea ... - ... nu au fost analizate de către comisia de evaluare deși una din atribuțiile sale este, conform art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016 și aceea de: *h) verificarea propunerilor financiare prezentate de ofertanți, inclusiv verificarea conformității cu propunerile tehnice.*

În ceea ce privește critica ... referitoare la "plata orelor suplimentare", Consiliul reține următoarele dispoziții relevante din Legea nr. 53/2003 privind Codul muncii - republicată:

- Art. 120:

"(1) Munca prestată în afara duratei normale a timpului de muncă săptămânal, prevăzută la art. 112, este considerată muncă suplimentară.

(2) Munca suplimentară nu poate fi efectuată fără acordul salariatului, cu excepția cazului de forță majoră sau pentru lucrări urgente destinate prevenirii producerii unor accidente ori înlăturării consecințelor unui accident";

- Art. 121:

"(1) La solicitarea angajatorului salariații pot efectua muncă suplimentară, cu respectarea prevederilor art. 114 sau 115, după caz.

(2) Efectuarea muncii suplimentare peste limita stabilită potrivit prevederilor art. 114 sau 115, după caz, este interzisă, cu excepția cazului de forță majoră sau pentru alte lucrări urgente destinate prevenirii producerii unor accidente ori înlăturării consecințelor unui accident";

- Art. 122:

"(1) Munca suplimentară se compensează prin ore libere plătite în următoarele 60 de zile calendaristice după efectuarea acesteia.

(2) În aceste condiții salariatul beneficiază de salariul corespunzător pentru orele prestate peste programul normal de lucru.

(3) În perioadele de reducere a activității angajatorul are posibilitatea de a acorda zile libere plătite din care pot fi compensate orele suplimentare ce vor fi prestate în următoarele 12 luni";

- Art. 123:

"(1) În cazul în care compensarea prin ore libere plătite nu este posibilă în termenul prevăzut de art. 122 alin. (1) în luna următoare, munca suplimentară va fi plătită salariatului prin adăugarea unui spor la salariu corespunzător duratei acesteia.

(2) Sporul pentru munca suplimentară, acordat în condițiile prevăzute la alin. (1), se stabilește prin negociere, în cadrul contractului colectiv de muncă sau, după caz, al contractului individual de muncă, și nu poate fi mai mic de 75% din salariul de bază".

Astfel, conform caietului de sarcini, publicat în SEAP, numărul total de ore/lună ce urmează a fi prestate a fost stabilit la 3118 ore/lună pentru 6 posturi de pază. Având în vedere că potrivit HG nr. 937/2018, un program normal de lucru este în medie de 167,333 ore pe lună, contestatorul susține că, pentru a presta

numărul de ore/lună solicitate prin caietul de sarcini, era nevoie de 18,63 agenți de securitate.

În cadrul propunerii tehnice a asocierii ... - ..., se menționează că:

"În scopul asigurării pazei și securității obiectivelor dumneavoastră: (...) - ..., unitatea noastră va folosi un număr de cca 18-19 agenți de securitate, distribuiți astfel:

- 12 agenți de securitate la posturile de pază, cu program 24 ore/zi (3 posturi x 4 agenți /post pază);

- 2 agenți de securitate la posturile mobile, a câte 6 ore/zi;

4 agenți de securitate la posturile mobile, cu program de 14 ore/zi, iar sâmbăta și duminica de 24 ore/zi".

Din datele/informațiile mai sus prezentate rezultă că, în fapt, asocierea ofertantă va folosi un număr de 18 agenți de securitate pentru asigurarea pazei și securității obiectivelor de mai sus.

În acest context, trebuie analizată și propunerea financiară a acele... asocieri, potrivit căreia, nu se acordă spor de muncă suplimentară, motivarea fiind: *"ore suplimentare nu se vor efectua deoarece numărul de agenți de securitate repartizați pe posturi permite doar efectuarea normei de ore stabilite în Legea 53/2003 republicată".* Or, pentru a asigura *"doar efectuarea normei de ore stabilite prin lege"*, așa cum susține asocierea, este nevoie de un număr de 18,63 agenți de securitate, rezultați din calculele anterioare și menționați în cuprinsul propunerii tehnice de ea însăși: *"unitatea noastră va folosi un număr de cca 18-19 agenți de securitate"*.

Astfel, asocierea ofertantă nu a justificat concret și detaliat modalitatea în care va presta serviciile de pază oferite pentru un număr de 3118 ore/lună, cu doar 18 agenți de securitate ce rezultă atât din propunerea tehnică, cât și din cea financiară prezentată.

Constatând că, în justificarea tarifului ofertat, asocierea ... - ... nu face niciun fel de referire la sporul pentru ore suplimentare, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă trebuia să clarifice cu ofertantul desemnat câștigător lipsa acestui element de cost, în conformitate cu dispozițiile art. 209 din Legea nr. 98/2016.

În acest sens, Consiliul constată că deși conform dispozițiilor art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016, printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele privind:

f) verificarea conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini;

h) verificarea propunerilor financiare prezentate de ofertanți, inclusiv verificarea conformității cu propunerile tehnice;

j) stabilirea ofertelor inacceptabile și/sau neconforme și a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii;

k) stabilirea ofertelor admisibile; (...),

autoritatea contractantă nu a făcut o evaluare completă a ofertei desemnată câștigătoare, verificarea acesteia nefăcându-se cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu.

În aceste condiții, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, contestația formulată de ... și va dispune anularea adresei nr. ... și a tuturor actelor subsecvente acesteia, în partea vizând oferta asocierii ... -

În baza art. 26 alin. (2) și (5) din lege, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de maximum 20 zile de la primirea deciziei, să continue procedura de atribuire în cauză, prin reanalizarea ofertei asocierii ... - ..., cu luarea în considerare a aspectelor analizate, așa cum s-a menționat, anterior, în motivare.

CU MAJORITATE DE VOTURI, CONSILIUL DECIDE:

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

Admite, contestația ... și dispune anularea adresei nr. ... și a tuturor actelor subsecvente acesteia, în partea privind oferta depusă de asocierea ... -

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de maximum 20 zile de la primirea deciziei, să continue procedura de atribuire în cauză, prin reanalizarea ofertei asocierii ... - ..., cu luarea în considerare a aspectelor analizate, așa cum s-a menționat, anterior, în motivare.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva ei 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, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

...

OPINIE SEPARATĂ

În baza dispozițiilor coroborate ale art. 68 din Legea nr. 101/2016 și ale art. 426 alin. (2) din Codul de Procedură Civilă, redactez următoarea opinie separată:

Sunt de acord cu soluția pronunțată de majoritatea completului în ceea ce privește contestația depusă de ..., opinia mea separată purtând asupra deciziei cu privire la contestația depusă de

Astfel, din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, rețin cele ce urmează:

Decizia privind rezultatul procedurii de atribuire i-a fost comunicată asocierii ... – ... prin adresa nr., în care se arată că, în urma reevaluării ofertei sale, aceasta a fost declarată inacceptabilă, în baza art. 167 alin. (1) lit. g), h) din Legea nr. 96/2016. Astfel, precizează autoritatea în adresă, din studierea a două documente constatatoare postate în SEAP pentru ..., a rezultat încadrarea acestei societăți în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 96/2016.

Împotriva acestei decizii a autorității contractante, ... a înaintat Consiliului contestația de față, solicitând Consiliului anularea adresei nr., a raportului procedurii care a stat la baza întocmirii ei, precum și a tuturor actelor subsecvente, reluarea procedurii și reanalizarea, în mod corect, a ofertei sale.

Verificând legalitatea deciziei autorității contractante de a stabili că asocierea ... – ... se afla în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g), h) din Legea nr. 98/2016, constat că aceasta a fost înștiințată cu privire la existența celor două documente constatatoare de către ..., prin contestația înaintată de această societate Consiliului, contestație soluționată prin decizia nr. în sensul respingerii ei, ca rămasă fără obiect, ca urmare a achiesării formulate de către autoritatea contractantă.

Potrivit raportului procedurii nr., comisia de evaluare a examinat documentul constatator nr. ... și documentul constatator nr. ... din 15.02.2017, din care a dedus că există motive suficiente pentru a considera că asocierea ofertantă ... – ... se află în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g), h) din Legea nr. 98/2016, luând decizia în acest sens.

Nu rezultă din raportul procedurii că autoritatea contractantă a solicitat asocierii menționate informații și clarificări cu privire la situațiile consemnate în cele două documente constatatoare menționate.

Având a mă pronunța asupra legalității acestei măsuri a autorității contractante, observ următoarele dispoziții ale Legii nr. 98/2016:

- art. 167

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

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

h) operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate;

(8) În sensul dispozițiilor alin. (1) [lit. g\)](#) se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprie utilizării conform destinației prevăzute în contract.”

- art. 171

„(1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la [art. 164](#) și [167](#) care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

(2) În cazul în care autoritatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile [alin. \(1\)](#) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire.

(3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la [art. 164](#) și [167](#) le poate furniza autorității contractante, în sensul prevederilor [alin. \(1\)](#), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația, și la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a

personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite.

(5) În cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situațiile de excludere prevăzute la [art. 164](#) și [167](#) nu se aplică:

b) dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la [art. 167](#), a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant.”

Față de documentul constatator nr. ... din, consider că autoritatea contractantă ar fi trebuit să facă verificările necesare pentru a stabili aplicabilitatea dispoziției de la art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016 care stabilește cazul în care situațiile de excludere prevăzute la art. [167](#) nu se aplică, aceasta deoarece, între data emiterii documentului și data deciziei autorității contractante, a trecut o perioadă de 2 ani și 10 luni, iar textul de lege face trimitere la „data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant”, prin asta înțelegând denunțarea contractului sau producerea pagubei (ca evenimente relevante) în legătură cu care a fost emis documentul constatator, și nu emiterea documentului constatator care, așa cum îi arată și denumirea, nu reprezintă decât o consemnare a unor fapte și acte deja petrecute.

În condițiile în care autoritatea contractantă ar fi efectuat verificările necesare și s-ar fi constatat expirarea unei perioade de 3 ani de la apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului care a determinat emiterea documentului constatator nr. ... din 15.02.2017, aceștia îi era interzis să mai stabilească excluderea din procedură a ofertantei contestatoare pentru considerente legate de acest document constatator.

În continuare, în stabilirea legalității actului atacat, raportat la motivul de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g), voi avea în vedere dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 96/2016, citate mai sus, care stabilesc în ce condiții operează excluderea operatorului economic. Astfel, abordând coroborat cele două texte ale art. 167, concluzionez că, pentru a fi incident cazul de excludere arătat, este necesară îndeplinirea cumulativă a următoarelor condiții:

- operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții

publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior;

- încălcarea gravă a obligațiilor contractuale poate fi considerată neexecutarea contractului ori livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract;

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

Astfel, pentru a decide dacă ... a fost în mod legal exclusă din procedură, trebuie verificat și stabilit dacă, referitor la contractele legat de a căror executare au fost emise cele două documente constatatoare (al doilea în ipoteza în care nu au expirat 3 ani de la producerea evenimentului relevant), societatea s-a făcut vinovată de încălcarea în mod grav sau repetat a obligațiilor sale principale și dacă această presupusă conduită a sa a condus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

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

Este adevărat, așa cum se susține și în opinia majoritară, că legiuitorul nu a condiționat excluderea din procedură, în cazul prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 de existența unei hotărâri judecătorești definitive asupra legalității emiterii unui document constatator, însă important este a observa și că, potrivit acele... prevederi, legiuitorul nu a condiționat excluderea din procedură nici de existența unui document constatator ori a altui asemenea act emis de un client beneficiar al operatorului economic analizat. Mai simplu spus, în textul dispozițiilor coroborate ale art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016, nu se condiționează excluderea operatorului economic de existența unui document constatator emis de vreun beneficiar al acestuia.

Potrivit art. 166 alin. (1) din HG nr. 395/2016, „*Autoritatea contractantă are obligația de a emite documente constatatoare care conțin informații referitoare la îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, la eventualele*

prejudicii, [...].”, iar conform alin. (8) al acelu... articol, „Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) [lit. g](#)) din Lege.”

Drept urmare, concluzia la care am ajuns în paragraful anterior dispozițiilor citate ale art. 166 din HG nr. 395/2016, este susținută de chiar textele regăsite în această prevedere. Astfel, dacă legiuitorul ar fi dorit ca excluderea operatorului economic să intervină ca efect al existenței pure și simple a unui document constatator emis în baza art. 166 alin. (1) din HG nr. 395/2016, ar fi prevăzut în mod clar această posibilitate. Însă, așa cum este înscris la art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016, decizia de respingere a unui ofertant pe baza unui document constatator, trebuie să fie precedată de o verificare obligatorie a faptului că acest document „reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) [lit. g](#)) din Lege.”

Subliniez faptul că nici din conținutul documentului constatator și nici din textele de lege ce reglementează emiterea și efectele sale, nu rezultă ca efectul unui astfel de document este excluderea viitoare, din alte proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică, a operatorului economic pentru care a fost emis. Astfel, devine lipsit de relevanță dacă documentul constatator a fost sau nu anulat, dacă a fost atacat sau nu de către operatorul economic pentru care a fost emis, astfel de evenimente neputând să-i confere efecte neprevăzute de lege.

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

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

Mai mult, rețin faptul că, prin prevederile de la art. 171 alin. (1), (2) și (3), legea a stabilit dreptul și posibilitatea operatorului economic de a răsturna concluziile rezultând din incidența unui caz de excludere, prin furnizarea de dovezi care să arate că măsurile pe care le-a luat sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivul de excludere, în prezenta unor astfel de dovezi, pe care autoritatea contractată să le considere suficiente, aceasta având posibilitatea legală de a nu exclude operatorul economic respectiv.

Observ, așadar, că legea a reglementat posibilitatea ca, chiar și în condițiile existenței reale a unui caz de excludere, operatorul

economic să își poată demonstra, în concret, credibilitatea prin raportare la motivul de excludere, evitând astfel eliminarea sa din competiție.

Având în vedere toate aspectele expuse, constat că autoritatea contractantă din prezenta speță nu și-a manifestat rolul activ în verificarea îndeplinirii condițiilor care ar fi determinat, în mod legal, păstrarea ori excluderea din procedură a asocierii ... – ..., așa cum o obligă dispozițiile art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016, și nici nu a acordat ofertantei posibilitatea demonstrării faptului că se află în situația reglementată la art. 171 alin. (1), (2) și (3) din Legea nr. 98/2016.

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

Or, autoritatea în cauză nu a înțeles să realizeze verificări cu privire la acte și fapte care, aparent, au determinat emiterea documentelor constatatoare, pentru a stabili dacă acestea reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative necesare excluderii (așa cum impun prevederile art. 166 alin. 8 din HG nr. 395/2016).

Trebuie menționat faptul că nici examinarea pe care ar trebui să o realizeze autoritatea contractantă și nici prezenta motivare nu reprezintă verificări ale legalității documentului constatator, o astfel de verificare fiind, fără îndoială, de competența instanței de judecată.

Demersul autorității contractante ar reprezenta aplicarea dispozițiilor legale coroborate ale art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016 și art. 167 alin. (1) [lit. g](#)) din Legea nr. 98/2016.

Cât privește motivul de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) [lit. h](#)) din Legea nr. 98/2016 (*„operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate”*), constat că nici în raportul procedurii și nici în adresa de comunicare a rezultatului acesteia, autoritatea nu indică motivele pentru care a reținut incidența acestui text de lege în privința contestatoarei. Cel mai probabil, au fost avute în vedere informațiile referitoare la situația contrară reținută de autoritate cu privire la motivul de excludere art. 167 alin. (1) [lit. g](#)) din Legea nr. 98/2016, ceea ce nu reprezintă în mod necesar o informație falsă, ci doar aprecierea operatorului

respectiv că nu se află în situația respectivă de excludere, conform celor expuse mai înainte în prezenta opinie separată.

Relevante în speța analizată sunt și considerentele Curții de Apel București din decizia nr., prin care a fost modificată decizia Consiliului nr.:

„În speță, din actele depuse, rezultă că autoritatea contractantă și-a exercitat dreptul de apreciere în limitele impuse de lege, în sensul că avea posibilitatea de a exclude sau, dimpotrivă, de a păstra operatorul în procedură, și că, mai mult, alegerea a fost justificată. [...]

Au fost, de asemenea, avute în vedere contracte încheiate ulterior anului 2015 cu diverși beneficiari, și care au fost finalizate, contracte care, contrar considerentelor reținute în decizie, sunt dovezi în sensul art. 171 alin. 3 din Legea nr. 98/2016, de vreme ce relevă împrejurări ulterioare celor constatate prin documentul constator, relevante pentru aprecierea conduitei petentei.

Față de toate cele reținute, Curtea constată că, în aplicarea corectă a legii, autoritatea contractantă și-a exercitat dreptul de apreciere în limitele impuse de lege, stabilind motivat, prin prisma documentelor depuse și explicațiilor oferite, că măsura excluderii nu se impune, asumându-și răspunderea pentru soluția adoptată.

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

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, apreciez ca ar trebui admisă contestația depusă de ..., ar trebui anulat raportul procedurii nr., în partea dedicată ofertei asocierii ... – ..., precum și comunicările privind rezultatul procedurii.

În baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, consider că autoritatea contractantă ar trebui obligată ca, respectând prevederile legale și cele evocate în această opinie separată, să reanalizeze oferta asocierii ... –