

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

DECIZIE

Nr. /C./

Data:

Prin contestația datată, înregistrată la Consiliu sub nr. /....., formulată de ... SRL, cu sediul în municipiul ..., strada ... nr. .., județul ..., înmatriculată în Registrul Comerțului cu numărul J../.../...., cod unic de înregistrare RO....., reprezentată convențional prin SCA ..., prin avocat ..., cu sediul în municipiul ..., bulevardul nr. ..., județul ..., unde solicită comunicarea tuturor actelor de procedură, împotriva comunicării nr. /....., emisă în cadrul procedurii de negociere competitivă, offline, organizată în vederea încheierii acordului cadru de furnizare având ca obiect "...", anunț de participare CN..... /....., organizată de ... SA, cu sediul în municipiul ..., strada ... nr. .., județul ..., în calitate de entitate contractantă, s-a solicitat:

- *constatarea caracterului nelegal al comunicării entității contractante de respingere ca neadecvată a solicitării de participare depusă de ... SRL;*

- *suspendarea procedurii de atribuire a acordului cadru de furnizare până la soluționarea prezentei contestații, sau a aplicării deciziei luate de entitatea contractantă de excludere a subscrisei din procedură;*

- *obligarea entității contractante la reevaluarea solicitării de participare/solicitărilor de participare relevante, în limitele stabilite de Consiliu, precum și stabilirea măsurilor concrete care se vor impune entității contractante, cu privire la reevaluarea solicitării de participare/solicitărilor de participare relevante;*

- *orice altă măsură de remediere care va fi considerată oportună de către Consiliu, în raport cu dezlegarea dată motivelor de nelegalitate invocate;*

- *obligarea entității contractante la suportarea cheltuielilor ocazionate de prezenta contestație.*

Cererea de suspendare a procedurii de atribuire a fost respinsă de Consiliu, ca rămasă fără obiect, prin Încheierea nr. C./.... din data de

În luarea deciziei, **CONSILIUL, legal investit, a avut în vedere următoarele:**

Prin contestația datată, înregistrată la Consiliu sub nr., ... SRL, critică comunicarea nr. emisă în procedura de negociere offline, organizată în vederea încheierii acordului cadru de furnizare având ca obiect "...", anunț de participare CN....., organizată de ... SA, în calitate de entitate contractantă, solicitând cele prezentate în partea introductivă.

Contestatorul precizează că, prin comunicarea nr. din data de, entitatea contractantă a constatat solicitarea sa de participare la procedura de atribuire, reținând în concret următoarele:

"Solicitarea dumneavoastră de participare este considerată neadecvată, în conformitate cu dispozițiile art. ... alin. (.) lit. g) din Legea nr. ../.... coroborat cu alin. (.) al aceluiași articol, fără a putea fi aplicabile excepțiile expuse la art. ... din Legea nr. ../...., din următoarele motive:

Comisia a constatat faptul că documentul constatator declarat nu are efectele suspendate din punct de vedere juridic, mai mult denotă carențe grave în execuția contractului, astfel se constată incidența dispozițiilor art. ... alin. (.) lit. g) din Legea nr. ../.... coroborat cu alin. (.) al aceluiași articol, fără a putea fi aplicabile excepțiile expuse la art. ... din Legea nr. ../...."

Având în vedere aceste aspecte, a formulat contestație împotriva comunicării nr. din data de

Contestatorul menționează că rațiunea pentru care entitatea contractantă a considerat solicitarea de participare ca fiind neadecvată este reprezentată de faptul că nu ar fi solicitat suspendarea efectelor din punct de vedere juridic ale documentului constatator negativ emis de către Municipiul ... și arată că, prin comunicarea nr. din data de, entitatea contractantă a respins solicitarea de participare fără a solicita clarificări privind documentul constatator prezentat, indicând faptul că documentul constatator declarat nu are efectele suspendate și că denotă carențe grave în executarea contractului. În replică, contestatorul susține că, prin documentele depuse odată cu răspunsul la

solicitarea de clarificări, a demonstrat că a pornit demersurile judiciare necesare suspendării documentului constatator negativ și că a realizat o serie de măsuri de autocorectare, precum negocieri și tranzacție, aspecte care, în opinia sa, dovedesc buna-credință.

Contestatorul consideră că solicitarea sa de participare a fost respinsă în mod ilegal, fără a fi avut în vedere Notificarea ANAP referitoare la situația de excludere reglementată la art. ... alin. (.) lit. g) din Legea nr. ../.... privind achizițiile publice, precum și jurisprudența națională și cea europeană în materie.

Referitor la documentul constatator negativ emis de Municipiul ..., contestatorul arată că, la momentul depunerii documentației DUAE, a declarat documentul constatator negativ nr. /..... și a arătat, prin documentele transmise odată cu răspunsul la solicitarea de clarificări, că documentul a fost contestat în instanță și că au fost întreprinse demersuri pentru corectarea situației prin discuții cu Municipiul ..., în vederea stingerii situației litigioase printr-o tranzacție, dar și pentru executarea în continuare a contractului reziliat în baza căruia a fost emis certificatul constatator.

Contestatorul mai arată că, odată cu răspunsul transmis, a fost înaintat entității contractante un set de informații și documente suplimentare, incluzând:

“(i) declarația privind neîncadrarea în ipotezele de excludere;

(ii) notă explicativă privind documentul constatator negativ emis de Municipiul ...;

(iii) documente-suport, cum ar fi cererile de chemare în judecată formulate împotriva Municipiului ..., corespondență între părți, minute ale ședințelor de lucru pentru soluționarea amiabilă a litigiului. De asemenea, contestatorul a depus cereri de amânare formulate de ambele părți, prin care se solicita amânarea soluționării cauzei pentru finalizarea tranzacției.”

Contestatorul subliniază că Municipiul ... nu a publicat în SEAP documentul constatator nr. /....., din două motive: documentul a fost contestat, dosarul formându-se sub nr. /... /.... pe rolul Tribunalului Brașov să între contestator și Municipiul ... au avut loc discuții pentru încheierea unei tranzacții privind situația litigioasă și continuarea executării contractului reziliat. În susținerea poziției sale, contestatorul face referire la dispozițiile art. ... alin. (.)-(..) din Normele metodologice din de aplicare a Legii nr. ../.... și la notificarea ANAP privind art. ... alin. (.) lit. g) din Legea nr. ../....

Contestatorul susține că nepublicarea în SEAP a documentului constatator nr. /..... afectează opozabilitatea sa față de terți, în sensul că produce efecte doar între părțile contractante și nu poate produce efecte externe și consideră că, procedural, în lipsa publicării, documentul nu poate fundamenta o eventuală respingere a solicitării de participare, și, în consecință, nu exista obligația de a solicita suspendarea efectelor sale.

Contestatorul precizează că a menționat documentul constatator în DUAE tocmai ca urmare a experiențelor anterioare, când a fost exclus

dintr-o procedură pentru omisiunea de a menționa un document constatat negativ, chiar dacă acesta era expirat. În acest sens, face trimitere la Decizia nr. .../.... a Curții de Apel ... pronunțată la data de în dosarul nr. .../../...., care impune obligația de a declara astfel de documente în scopul respectării principiilor transparenței, tratamentului egal și asumării răspunderii.

Contestatorul subliniază că documentul constatat invocat de Entitatea Contractantă nu a fost publicat în SEAP, astfel că, procedural, nu produce efecte juridice și nu putea constitui temei pentru o eventuală solicitare de remediu sau suspendare din partea sa. Din acest motiv, consideră că documentul nu poate fi opozabil și nu poate afecta validitatea ofertei depuse. Contestatorul arată că, în raport cu toate aceste aspecte, considerentele entității contractante nu sunt întemeiate.

În legătură cu comunicarea nr./..... emisă de Entitatea Contractantă, contestatorul menționează că *„Comisia a constatat faptul că documentul constatat declarat nu are efectele suspendate din punct de vedere juridic, mai mult denotă carențe grave în execuția contractului, astfel se constată incidența dispozițiilor art. ... alin. (.) lit. g) din Legea nr./.... coroborat cu alin. (.) al aceluiași articol, fără a putea fi aplicabile excepțiile expuse la art. ... din Legea nr./....”*.

Contestatorul consideră că, potrivit art. .. alin. (.) din Normele Metodologice din, în cadrul primei etape a procedurii de negociere competitivă, se aplică corespunzător prevederile art. ..-... Astfel, conform art. .. din aceleași Norme, în procesul de evaluare a solicitărilor de participare se aplică în mod corespunzător dispozițiile art. ... alin. (.) din Legea nr./..... Conform acestor dispoziții, o solicitare de participare este considerată neadecvată dacă operatorul economic se regăsește în una dintre situațiile de excludere prevăzute la art. ..., ... și ... sau nu îndeplinește criteriile de calificare stabilite de entitatea contractantă.

Contestatorul arată că art. ... alin. (.) lit. g) din Legea nr./.... reglementează situația în care operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale dintr-un contract de achiziții, ceea ce a dus la încetarea anticipată a contractului, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

În acest context, contestatorul susține că rezultă din ansamblul dispozițiilor legale menționate că, pentru ca o solicitare de participare să

fie considerată neadecvată, entitatea contractantă trebuie să analizeze concret incidența situațiilor de excludere prevăzute de lege. În ceea ce privește situația sa, contestatorul arată că entitatea contractantă a concluzionat în mod laconic că solicitarea de participare este neadecvată, invocând doar existența documentului constatator negativ, fără a realiza o analiză detaliată și temeinică, în acord cu principiul proporționalității.

Contestatorul menționează că, potrivit art. ... alin. (.) lit. g) din Legea nr. ../..., simpla existență a unui document constatator nu conduce automat la excluderea sa din procedură. Astfel, consideră că excluderea unui operator economic nu poate fi dispusă automat doar în baza existenței unui document constatator și, cu atât mai puțin, în situația în care acest document și notificarea de reziliere a contractului sunt contestate în instanță.

Contestatorul invocă jurisprudența Tribunalului ..., care a stabilit că *„din cuprinsul prevederilor anterior citate, rezultă că excluderea reclamantei din procedura de atribuire nu se dispune automat, ca urmare a existenței unui document constatator emis cu privire la reclamantă și cu atât mai puțin când acest document și notificarea de reziliere a contractului sunt contestate pe cale judiciară”*. Tribunalul a reținut că prejudiciul invocat de reclamant este doar eventual și lipsit de caracter previzibil, astfel că nu îndeplinește condițiile pentru a fi considerat o pagubă iminentă, conform art. . lit. ș) din Legea nr. ../..... Din această perspectivă, până la finalizarea procedurilor judiciare și în absența unor efecte juridice certe, documentul constatator nu poate produce consecințe negative asupra dreptului de participare al operatorului economic.

Contestatorul face referire și la o speță recentă în care Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor a admis contestația sa împotriva Raportului Procedurii, obligând entitatea contractantă *„ca în termen de .. zile de la comunicare să reevalueze oferta contestatorului”*. În speța respectivă, entitatea contractantă respinsese oferta pe motiv că nu s-a solicitat suspendarea efectelor documentelor constatatoare negative și nu s-a făcut dovada bunei-credințe.

Contestatorul evidențiază că, potrivit hotărârii pronunțate, Consiliul a reținut că *„trebuie subliniat că, potrivit art. ... alin. (.) lit. g) din Legea nr. ../..., legiuitorul nu a condiționat excluderea din procedură de existența unui document constatator ori a altui asemenea act emis de un client beneficiar al operatorului economic analizat”*. Totodată, Consiliul a precizat că *„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. ... alin. (.) din HG nr. ../..., ar fi prevăzut în mod clar această posibilitate”*. Mai precizează că art. ... alin. (.) din HG nr. ../.... impune o verificare prealabilă a îndeplinirii condițiilor cumulative prevăzute la art. ... alin. (.) lit. g) din Lege.

În continuare, contestatorul menționează că, potrivit Consiliului, *„nici din conținutul documentului constatator și nici din textele de lege ce reglementează emiterea și efectele sale, nu rezultă că efectul unui astfel de document este excluderea*

viitoare, din alte proceduri de atribuire, a unui operator 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."

Contestatorul subliniază faptul că, potrivit CNSC, "*prin prevederile de la art. ... alin. (.), (.) și (.), 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 prezența unor astfel de dovezi, pe care entitatea contractantă le consideră suficiente, aceasta are posibilitatea de a nu exclude operatorul economic respectiv.

În continuare, contestatorul menționează că, potrivit interpretării date de Consiliu, legea nu permite respingerea unei oferte doar în temeiul existenței formale a unui document constatator, ci impune o analiză concretă și individualizată, prin verificarea îndeplinirii condițiilor cumulative prevăzute la art. ... alin. (.) lit. g) din Legea nr. ../..... Astfel, entitatea contractantă are obligația de a analiza dovezile furnizate de operatorul economic pentru a demonstra buna-credință și credibilitatea acestuia. Contestatorul consideră că decizia de excludere, în lipsa unei astfel de analize detaliate, este nelegală și contravine reglementărilor aplicabile.

Contestatorul arată că, în cazul concret analizat, contrar celor anterior menționate și fără a realiza o analiză temeinică, entitatea contractantă a apreciat solicitarea sa de participare la procedură ca fiind neadecvată prin simplul fapt al existenței documentului constatator negativ nr. / emis de către Municipiul

Contestatorul menționează și faptul că, potrivit unei instrucțiuni publicate de ANAP (<https://anap.gov.ro/web/wp-content/uploads/....../Notificare-motiv-excludere-art-...-alin-.lit-g-FINAL.pdf>), se arată că legea permite acceptarea în procedură a unui operator economic aflat în situația de excludere, în cazul în care acesta poate furniza dovezi prin care să arate că a luat măsuri suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea. Aceste dovezi pot include inclusiv plata penalităților sau asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor privind eventualele prejudicii cauzate. Această notificare transpune prevederile art. .. paragraful (.) din Directiva / .. / UE.

Contestatorul subliniază că, tot potrivit acestei Notificări ANAP, *"existența unui document constatator în care se menționează încălcarea obligațiilor principale ce-i reveneau contractantului în cadrul unor asemenea contracte nu conduce automat la aplicarea prevederilor art. ... alin. (.) lit. g) din Legea nr. ../...."*.

Contestatorul mai susține că aceleași concluzii au fost reținute și de către Municipiul ... – Comisia de Evaluare, în Anexa . la procesul-verbal de evaluare DUA nr. /, aferent procedurii de licitație publică privind *„PROIECTARE ȘI EXECUȚIE LUCRĂRI – ETAPA . A SISTEMULUI DE TRANSPORT METROPOLITAN RAPID ...: MAGISTRALA I DE METROU ȘI TREN METROPOLITAN, INCLUSIV LEGĂTURA DINTRE ACESTE. COMPONENTA .. MAGISTRALA . DE METROU ..."*. Astfel, la pagina .. din document se prevede: *„Referitor la documentele constatatoare, având în vedere că entitatea contractantă verifică încadrarea operatorilor economici ofertanți în situația de excludere care face obiectul prezentei Notificări prin intermediul documentelor constatatoare emise de către alte autorități contractante, în urma derulării unor contracte de achiziție publică/sectorială/de concesiune cu operatorii economici în cauză, se va avea în vedere faptul că existența unui document constatator în care se menționează încălcarea obligațiilor principale ce-i reveneau contractantului în cadrul unor asemenea contracte nu conduce automat la aplicarea prevederilor art. ... alin. (.) lit. g) din Legea nr. ../...."*.

Contestatorul menționează că, potrivit Curții de Justiție a Uniunii Europene, autoritățile contractante dispun de o libertate nelimitată de apreciere în legătură cu excluderea operatorilor economici în cazul motivelor facultative prevăzute de Directiva / .. / UE privind achizițiile publice. Totodată, contestatorul subliniază că CJUE a atras atenția asupra necesității respectării principiului proporționalității atunci când se apreciază cazurile de excludere ce țin de fiabilitatea sau credibilitatea operatorului economic participant la procedura de atribuire, în contextul existenței unui certificat constatator negativ care produce efecte.

În cauza C-... / .. Delta Antrepriză de Construcții și Montaj .. SA împotriva Companiei Naționale de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, CJUE a statuat următoarele: *„... Astfel cum rezultă din modul de redactare a articolului .. alineatul (.) din Directiva / .., legiuitorul Uniunii a intenționat să încredințeze entității contractante și doar acesteia, în faza de selecție a ofertanților, sarcina de a aprecia dacă un candidat sau un ofertant trebuie să fie exclus de la o procedură de achiziție publică (Hotărârea din .. iunie, Meca, C-... / .., EU:C:....., punctul ..) ” iar la punctul .., CJUE a arătat: „... Această posibilitate de care dispune orice autoritate contractantă de a exclude un ofertant de la o procedură de achiziție publică este menită în special să îi permită să aprecieze integritatea și fiabilitatea fiecăruia dintre ofertanți. În special, cauza facultativă de excludere menționată la articolul .. alineatul (.) litera (g) din Directiva / .. coroborat cu considerentul (...) al acestei directive are la bază un element esențial al relației dintre ofertantul câștigător și entitatea contractantă, și anume fiabilitatea ofertantului, pe care întemeiază încrederea acordată acestuia de entitatea contractantă (a se vedea în acest sens Hotărârea din .. iunie, Meca, C-... / .., EU:C:....., punctele .. și ..) ”*

Contestatorul evidențiază că, potrivit punctelor .. și .., CJUE a stabilit că încrederea este un element fundamental în relația contractuală și că entitatea contractantă nu poate fi automat obligată de decizia altei autorități contractante și le citează.

Contestatorul susține că, în baza acestor considerente, entitatea contractantă este singura care are competența să aprecieze

oportunitatea excluderii unui ofertant în baza art. .. alin. (.) lit. g) din Directiva/. Excluderea nu se poate realiza automat în temeiul unei decizii de reziliere anterioare, ci presupune o analiză individualizată și proporțională, fundamentată pe toate elementele relevante.

Contestatorul invocă, în continuare, cauza C-../.. Meca SRL din care citează. Mai arată că CJUE a accentuat caracterul inovator la art. .. alin. (.) din Directiva/...

Contestatorul subliniază astfel că entitatea contractantă are exclusiv dreptul de a decide cu privire la excluderea unui ofertant, iar această decizie nu poate fi determinată automat de existența unor contestații legate de contracte anterioare. Directiva/..UE prevede expres posibilitatea pentru operatorii economici de a demonstra fiabilitatea prin măsuri concrete, evitând excluderea automată.

În ceea ce privește competența CNSC de a se pronunța în prezenta cauză, contestatorul menționează că motivul invocat de entitatea contractantă pentru considerarea solicitării de participare ca neadecvată este strict legat de faptul că nu a fost solicitată suspendarea efectelor documentului constatat negativ.

Contestatorul arată că acest motiv de excludere nu este justificat, întrucât documentul constatat nu produce efecte, astfel că nu ar exista efecte ce ar fi putut fi suspendate. Mai mult, chiar și în ipoteza în care documentul ar produce efecte, acesta nu ar putea conduce automat la excluderea operatorului economic din procedură.

Contestatorul arată că, odată cu răspunsul transmis la solicitarea de clarificări, pentru a dovedi credibilitatea și buna-credință, au fost anexate toate documentele care descriu și dovedesc situația existentă între societate și Municipiul ... și menționează că, în urma relației contractuale dintre părți și pentru soluționarea acesteia, au fost inițiate demersuri judiciare, astfel:

În Dosarul nr./.../...., având ca obiect executarea obiectului contractului de achiziții publice, parcursul procedural a fost anevoios, în principal din cauza incertitudinilor legate de competența de soluționare a cauzei, în contextul modificărilor recente aduse Legii nr. .../.... și susține că, în perioada respectivă, nu era clar dacă litigiile derivate din

executarea contractelor de achiziție publică reveneau Secției civile sau Secției de contencios administrativ a tribunalelor și nu era limpede căror contracte încheiate li se aplicau noile prevederi. Astfel, dosarul a trecut prin două rînduri de declinări succesive ale competenței materiale și teritoriale și prin două regulatoare de competență – Curtea de Apel ... și Înalta Curte de Casație și Justiție. Contestatorul arată că din aceste cauze s-a prelungit considerabil stabilirea primului termen de judecată în fața unei instanțe competente.

În continuare, contestatorul face referire la Dosarul nr./.../...., care are ca obiect anularea notificării de reziliere emisă de Municipiul ..., precum și pretenții ale ... S.R.L. izvorâte din același contract de achiziții publice. Se menționează că acest dosar a fost conexat la Dosarul nr./.../...., existînd o legătură strînsă între acestea, primul fiind înregistrat anterior.

De asemenea, contestatorul arată că în Dosarul nr./.../...., avînd ca obiect anularea certificatului constatator negativ emis de entitatea contractantă (emis ulterior transmiterii notificării de reziliere), procedura este suspendată pînă la soluționarea definitivă a celorlalte două dosare menționate anterior. Se subliniază că în cadrul acestor dosare vor fi analizate toate aspectele relevante, inclusiv cele privind valabilitatea documentului constatator negativ.

Contestatorul menționează că au fost efectuate demersuri pentru închiderea proiectului de investiție obiect al Contractului de execuție lucrări nr./..... În acest context, societatea împreună cu Municipiul ... depun eforturi pentru încheierea unei tranzacții judiciare, în vederea soluționării amiabile a Dosarelor nr./.../.... și nr./.../...., precum și pentru finalizarea proiectului de achiziție publică. Se arată că negocierile în derulare vizează identificarea exactă a lucrărilor ce revin efectiv în sarcina ..., stadiul concret al acestora, lucrările rămase de executat, eventualele deficiențe imputabile acestuia, precum și eventualele nemulțumiri ale Municipiului De asemenea, se încearcă identificarea obligațiilor de plată neonorate de către autoritatea contractantă și realizarea de concesi reciproc, fiecare parte privind propriile obligații, pentru implementarea contractelor menționate.

Contestatorul arată că, din conținutul comunicării transmise de entitatea contractantă, nu rezultă că aceasta ar fi analizat în mod temeinic situația de fapt și juridică și nici că ar fi oferit o argumentație concretă pentru motivul excluderii și susține că autoritatea s-a limitat la a menționa lipsa solicitării de suspendare a efectelor și presupuse carențe grave în executarea contractului. În opinia contestatorului, o asemenea abordare, în lipsa unei analize detaliate a situației de fapt și a cadrului juridic aplicabil, reprezintă o încălcare gravă a legislației în vigoare, a instrucțiunilor ANAP menționate anterior, precum și a

principiului proporționalității, consacrat de legislația și jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene.

Contestatorul indică prevederea din Notificarea menționată anterior, conform căreia: *„Atunci când aplică motive facultative pentru excludere, autoritățile contractante ar trebui să fie atente în mod special la principiul proporționalității. Neregulile minore ar trebui să ducă la excluderea unui operator economic doar în circumstanțe excepționale. Cu toate acestea, cazurile repetate de nereguli minore pot arunca asupra fiabilității unui operator economic un dubiu care ar putea justifica excluderea lui.”*

Totodată, contestatorul invocă jurisprudența CJUE, respectiv cauza C-.../..., unde, la punctul .., s-a reținut că *„constatarea existenței unei «abateri grave» necesită, în principiu, efectuarea unei aprecieri concrete și individualizate a atitudinii operatorului economic în cauză”*.

Contestatorul consideră relevantă și concluzia prevăzută în Notificarea ANAP, conform căreia: *„În concluzie, având în vedere cele expuse mai sus, este de reținut faptul că, în vederea luării unei decizii privind excluderea sau nu a unui operator economic în baza art. ... alin. (.) lit. g) din Legea nr. ../..., entitatea contractantă are obligația de a verifica îndeplinirea tuturor condițiilor impuse de lege, de a analiza toate aspectele și documentele relevante în acest sens și de a dispune toate măsurile care se impun în vederea clarificării eventualelor incertitudini în ceea ce privește existența sau inexistența situației de excludere”*.

Contestatorul arată că, având în vedere toate aspectele expuse anterior, rezultă că pentru excluderea unui operator economic dintr-o procedură este necesară realizarea unei analize temeinice, bine argumentate, care să evidențieze clar motivul excluderii, fără a lăsa loc de echivoc, și cu aplicarea principiului proporționalității și subliniază că, în mod contrar, entitatea contractantă a ales să analizeze într-un mod sumar situația juridică și cea faptică, fără a argumenta soluția de excludere și fără a aplica principiul proporționalității. În opinia contestatorului, orice decizie de excludere trebuie să fie individualizată, motivată și proporțională, însă, în cazul de față, entitatea a eșuat în îndeplinirea acestei obligații.

Contestatorul subliniază o perspectivă suplimentară privind lipsa proporționalității în decizia de excludere, arătând că documentul constatat negativ a fost emis de Municipiul ... pentru o eventuală neexecutare a unui contract având ca obiect executarea de lucrări, în timp ce procedura actuală vizează achiziția de contoare trifazate de energie electrică, multitratif și curba de sarcină. Contestatorul consideră

că aceste domenii sunt fundamental diferite, presupunând competențe, resurse și experiențe distincte.

În această privință, contestatorul susține că neexecutarea unui contract de lucrări nu poate fi, în mod automat, un indicator al incapacității unui operator economic de a furniza bunuri. Aplicarea unei interdicții în mod automat în astfel de circumstanțe contravine obligației legale de a efectua o analiză contextuală și proporțională a capacității operatorului economic.

Contestatorul arată că entitatea contractantă are obligația de a analiza efectele documentului constatator în raport cu obiectul achiziției curente și să determine dacă acesta afectează în mod real capacitatea operatorului economic de a furniza produsele solicitate. În cazul de față, contestatorul consideră că excluderea sa s-a realizat fără o astfel de analiză, ceea ce echivalează cu o restrângere nejustificată a concurenței și contravine principiilor transparenței și tratamentului egal.

În sprijinul poziției sale, contestatorul invocă jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, potrivit căreia excluderea unui operator economic trebuie analizată în raport cu faptele concrete și nu poate fi aplicată în mod automat. Contestatorul evidențiază faptul că entitatea contractantă a ales să aplice în mod rigid și generalizat documentul constatator negativ, fără o evaluare reală de impact asupra procedurii de achiziție în curs, încălcând astfel principiul proporționalității.

Contestatorul consideră că, având în vedere toate aspectele anterior expuse, decizia entității contractante de a considera solicitarea de participare ca fiind neadecvată, în baza unui document constatator negativ emis pentru un contract cu un obiect diferit de cel al procedurii actuale, este nejustificată și disproporționată. Totodată, susține că această decizie nu ia în considerare diferențele esențiale dintre cele două tipuri de contracte și că nu a fost realizată o evaluare concretă a impactului real pe care acel document l-ar putea avea asupra capacității operatorului economic de a furniza contoarele electrice în cadrul procedurii actuale. Potrivit contestatorului, o astfel de abordare contravine în mod clar principiului proporționalității, precum și jurisprudenței relevante în materie.

Având în vedere toate cele menționate anterior, contestatorul solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Prin adresa nr./..../C./....., transmisă prin e-mail și poștă, în temeiul art. ..¹ din Legea nr. .../...., cu modificările și completările ulterioare, Consiliul a solicitat contestatorului să comunice dovada constituirii, în termen de maximum . zile de la data sesizării Consiliului, a cauțiunii legale, respectiv recipisa de consemnare a cauțiunii, în original, în cuantumul stabilit de articolul menționat, iar contestatorul a confirmat primirea prin adresa înregistrată la CNSC cu nr./.....

Prin adresa nr. /, înregistrată la CNSC sub nr. /, entitatea contractantă ... SA a formulat punct de vedere cu privire la contestația ... SRL, solicitând respingerea acesteia, ca nefondată și neîntemeiată.

... SA, în calitate de entitate contractantă conform art. . alin. (.) lit. c) din Legea nr. .. /, cu modificările și completările ulterioare, a demarat procedura de atribuire pentru acordul-cadru intitulat „*Contoare trifazate de energie electrică, multitarif și curba de sarcină*”, aferent anunțului de participare nr. CN /, Entitatea contractantă menționează că tipul procedurii a fost „*negociere competitivă*”, conform art. .. – .. din Legea nr. .. /, Alegerea acestei proceduri a fost justificată de natura activității desfășurate de entitate și de gradul ridicat de impreviziune în ceea ce privește estimarea necesarului de contoare, fie pentru înlocuiri periodice, fie pentru racordarea de noi abonați la rețeaua de distribuție a energiei electrice.

Entitatea contractantă arată că procedura de negociere competitivă presupune două etape distincte, potrivit art. .. alin. (.) din Legea nr. .. /, o primă etapă în care se depun solicitările de participare și se realizează selecția candidaților prin aplicarea criteriilor de calificare și selecție, etapă ce se finalizează prin întocmirea și aprobarea unui raport intermediar care stabilește candidații calificați; și o a doua etapă care presupune depunerea ofertelor inițiale de către candidații selectați, evaluarea acestora, desfășurarea negocierilor pentru îmbunătățirea ofertelor, depunerea ofertelor finale și evaluarea acestora pe baza criteriului de atribuire și a factorilor de evaluare.

Entitatea contractantă precizează că prima etapă de calificare s-a încheiat cu întocmirea, aprobarea și încărcarea în SEAP a unui raport intermediar care reflectă decizia cu privire la operatorii economici ce au îndeplinit criteriile de calificare, în conformitate cu art. .. alin. (.) din Anexa la HG nr. ... /, precum și cu comunicarea rezultatului etapei de selecție candidaților, conform art. .. din aceeași Anexă.

Entitatea contractantă menționează că în cadrul acestei proceduri de atribuire, anunț de participare nr. CN /, au depus solicitări de participare un număr de șase operatori economici:

.. ... SRL
.. ... SRL, cu terț susținător ...
.. ... SA
.. Asocierea ... SRL (lider) cu ... SA (asociat)
.. ...SRL
.. ... SRL

Entitatea contractantă arată că, prin procesul-verbal privind evaluarea informațiilor din DUAE și a documentelor însoțitoare, nr. /, comisia de evaluare a constatat că doi dintre operatorii economici participanți, respectiv ... SRL și ... SRL, au declarat în DUAE, în secțiunea Partea a III-a: Motive de excludere, lit. C, existența unor certificate constatatoare negative emise în legătură cu executarea unor contracte de achiziții publice/sectoriale de către autorități/entități contractante.

Entitatea contractantă menționează că operatorul economic ... SRL a transmis, împreună cu DUAE, documentul constatator nr. /, și o notă explicativă prin care a urmărit să demonstreze neîncadrarea în situația de excludere prevăzută de art. ... alin. (.) lit. g) din Legea nr. .. /, Cu toate acestea, entitatea contractantă subliniază că nota explicativă a fost întocmită prin raportare la Legea nr. .. /, care reglementează achizițiile publice clasice, și nu la Legea nr. .. /, aplicabilă achizițiilor sectoriale, astfel cum rezultă din domeniul specific de aplicare al fiecărei legi. În acest sens, entitatea contractantă consideră că o interpretare prin analogie între cele două acte normative nu este permisă, având în vedere prevederile art. .. din Codul de procedură civilă.

În continuare, entitatea contractantă susține că din nota explicativă nu rezultă în mod concret ce măsuri de remediere au fost întreprinse de operatorul economic, în sensul demonstrării buneii credințe, al probității profesionale și al înlăturării deficiențelor care au condus la rezilierea contractului și emiterea documentului constatator nr. /, Entitatea contractantă indică faptul că sunt menționate doar procedurile judiciare în curs și o eventuală negociere a unei tranzacții între operatorul economic și Municipiul

Totodată, entitatea contractantă a luat în considerare posibilitatea încadrării situației în excepțiile reglementate de art. ... din Legea nr. .. /, și, în acest sens, în procesul-verbal de evaluare a DUAE și a documentelor însoțitoare, a menționat că *„cerința este aparent neîndeplinită”* și că urmează a se solicita clarificări, împreună cu documentele justificative, urmând ca cerința și modul de îndeplinire să fie evaluate ulterior, în funcție de răspunsul la solicitarea de clarificări.

Astfel, entitatea contractantă arată că prin adresa nr. /, comisia de evaluare a solicitat operatorului economic, pe lângă alte clarificări și documente justificative, inclusiv documentul constatator

nr. /, documente actualizate din care să rezulte dacă activitatea aferentă documentului a fost suspendată, precum și documente care să reflecte măsurile organizatorice interne întreprinse pentru prevenirea apariției unor situații similare în viitor, cu referire la art. ... alin. (.) din Legea nr. .. /

Entitatea contractantă menționează că, prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. /, transmis de către ... SRL, au fost înaintate documentele justificative solicitate, constând în adrese emise atât de către operatorul economic, cât și de către Municipiul ..., prin care se convenea asupra amânării judecării cauzei principale de anulare a certificatului constatator negativ. Această amânare avea ca scop posibila încheiere a unei înțelegeri amiabile între părți, în vederea încheierii unei tranzacții.

Entitatea contractantă subliniază însă că simpla intenție de a ajunge la o înțelegere privind continuarea executării contractului și anularea documentului constatator nu poate fi interpretată și echivalată cu o măsură efectivă de prevenire a apariției unor evenimente similare în viitor. În opinia sa, asemenea intenții reprezintă doar demersuri extrajudiciare firești între două părți implicate într-un conflict, și nu echivalează nici cu o suspendare de drept a efectelor juridice ale documentului constatator. Mai mult, entitatea contractantă arată că, potrivit informațiilor disponibile pe portalul instanțelor de judecată (portal.just.ro), în dosarul nr. / ... /, nu s-a concretizat o tranzacție amiabilă între părți, conflictul nefiind soluționat, iar litigiul aflându-se în desfășurare. Prin urmare, comisia de evaluare a constatat, prin Procesul-verbal nr. /, imposibilitatea aplicării excepțiilor prevăzute la art. ... din Legea nr. .. /

Referitor la cerința specifică în discuție, s-a consemnat: *„Cerința neîndeplinită. Candidatul nu a prezentat dovezi suficiente în ceea ce privește remedierea situațiilor și a deficiențelor care au condus la emiterea documentului constatator. Simpla declarație privind implementarea unor proceduri interne referitoare la participarea la procedurile de achiziții publice nu poate fi considerată îndeplătoare, întrucât situația în discuție, care a dus la generarea documentului constatator nr. /, a fost de natură operațională în executarea contractului.”*

Entitatea contractantă precizează că, în baza evaluării efectuate asupra DUAE și documentelor justificative, comisia de evaluare a luat

decizia – consfințită prin Raportul Intermediar nr. și aprobată de conducerea operațională – de a respinge candidatura ... SRL, reținând că: „Solicitarea de participare este neadecvată, în conformitate cu dispozițiile art. ... alin. (.) lit. g) din Legea nr. ../..., coroborat cu alin. (.) al aceluiași articol, fără a putea fi aplicabile excepțiile prevăzute la art. ... din Legea nr. ../.... Comisia a constatat faptul că documentul constatatator declarat nu are efecte suspendate din punct de vedere juridic și reflectă deficiențe grave în executarea contractului. Astfel, se constată incidența dispozițiilor art. ... alin. (.) lit. g) din Legea nr. ../..., coroborat cu alin. (.), fără aplicabilitatea excepțiilor de la art.”

În final, entitatea contractantă menționează, în sprijinul demonstrației de bună-credință și în respectarea principiilor de tratament egal și proporționalitate, că aceeași măsură și metodologie de evaluare au fost aplicate și în cazul candidatului ... S.R.L., conform documentelor existente în dosarul achiziției.

Entitatea contractantă arată că, prin răspunsul la solicitarea de clarificare nr. .../..... transmis de ..., au fost transmise documentele justificative solicitate, care au constat în adrese emise atât de contestator, cât și de Municipiul ..., privind amânarea judecării cauzei principale de anulare a certificatului constatatator negativ. Aceste demersuri au fost întreprinse în eventualitatea încheierii unei înțelegeri amiabile și, astfel, a unei tranzacții.

Entitatea contractantă subliniază că simpla intenție de a ajunge la o înțelegere sau tranzacție în ceea ce privește continuarea execuției contractului și anularea documentului constatatator nu poate reprezenta și echivala, în niciun mod, cu o măsură luată pentru prevenirea apariției unor evenimente viitoare similare. Acestea sunt, în opinia entității contractante, simple proceduri extrajudiciare normale între două părți interesate în finalizarea cât mai rapidă a unui conflict și nu au valoarea unei suspendări de drept a efectelor documentului constatatator. Mai consideră că, din verificarea stadiului dosarului nr./.../.... prin intermediul site-ului portal.just.ro, rezultă în mod clar faptul că nu s-a ajuns la o tranzacție amiabilă între părți, conflictul persistă, iar litigiul își urmează cursul procedural normal. În consecință, entitatea contractantă menționează că, prin Procesul Verbal nr./....., comisia de evaluare a constatat situația de fapt și imposibilitatea aplicării excepțiilor prevăzute la art. ... din Legea nr. ../.... Astfel, cu privire la cerința de resort, comisia a notat: „Cerința neîndeplinită. Candidatul nu a prezentat dovezi suficiente în ceea ce privește remedierea situațiilor și a . deficiențelor care a condus la emiterea documentului constatatator. Simpla declarație de ~ implementare a unor proceduri interne privind participarea la procedurile de achiziții publice nu poate fi considerată îndestulătoare, întrucât situația în discuție, care a dus la generarea documentului constatatator/....., a fost de natură operațională în execuția contractului.”

Entitatea contractantă menționează că, în baza evaluării efectuate în faza de depunere a DUAЕ și a documentelor justificative depuse, comisia a întocmit Raportul Intermediar nr./....., prin care s-a luat decizia, aprobată de conducerea operațională a entității contractante, de a considera candidatura ... SRL ca fiind: „Solicitarea de

participare este neadecvată, în conformitate cu dispozițiile art. ... alin. (.) lit. g) din Legea nr. ../.... coroborat cu alin. (.) al aceluiași articol, fără a putea fi aplicabile excepțiile expuse la art. ... din Legea nr. ../...., din următoarele motive: - Comisia a constatat faptul că documentul constatator declarat nu are efectele suspendate din punct de vedere juridic, mai mult denotă carențe grave în execuția contractului, astfel se constată incidența dispozițiilor art. ... alin. (.) lit. g) din Legea nr. ../.... coroborat cu alin. (.) al aceluiași articol, fără a putea fi aplicabile excepțiile expuse la art. ... din Legea nr. ../...."

Entitatea contractantă mai precizează că pentru a demonstra buna credință și respectarea principiilor de tratament egal și proporționalitate, aceeași măsură și modalitate de evaluare a fost aplicată și pentru candidatul ... SRL, aspect care reiese din documentele cuprinse în dosarul achiziției.

În ceea ce privește regimul juridic al documentelor constatatoare, entitatea contractantă menționează jurisprudența și dezlegările date de instanțele competente în interpretarea normelor incidente. Astfel, arată că Decizia RIL nr. ../.... a vizat interpretarea și aplicarea unitară a dispozițiilor legale referitoare la stabilirea instanțelor competente pentru soluționarea acțiunilor în anularea documentelor constatatoare. Divergențele jurisprudențiale au avut la bază împărțirea competenței între instanțele de contencios administrativ și cele civile, în raport cu natura litigiilor privind executarea contractelor de achiziții publice. În acest context, s-a pus problema încadrării litigiilor privind documentele constatatoare. Unele instanțe au considerat că, fiind acte legate de executarea contractului administrativ, competența revine instanței civile, iar altele au apreciat că documentul constatator are caracter de act administrativ individual și, ca urmare, competența revine instanței de contencios administrativ.

Entitatea contractantă menționează că Înalta Curte de Casație și Justiție a stabilit, prin Decizia RIL nr. ../...., că litigiile privind documentul constatator final sunt litigii ce decurg din executarea contractului administrativ, având în vedere că acest document este întocmit în timpul executării contractului de achiziție publică și se referă la modul de îndeplinire a obligațiilor contractuale. În aceeași decizie, instanța supremă nu a calificat expres natura juridică a documentului constatator, apreciind că acest aspect nu era relevant pentru soluția dată.

Totodată, entitatea contractantă face referire la Decizia HP nr. ../...., prin care s-a statuat că „documentul constatator emis în condițiile art. ... din Normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. ../.... poate fi asociat părții reglementate a contractului de achiziție publică, fiind un act administrativ în sensul art. . alin. (.) lit. c) din Legea nr. ../...., deoarece este unilateral, are caracter individual, este emis de o autoritate publică, în regim de putere publică, în vederea executării în concret a legislației achizițiilor publice și produce efecte juridice (este necesar pentru finalizarea achiziției și poate avea consecințe și în proceduri de achiziție ulterioare)” (paragraful .. din Decizia HP nr. ../....). Prin urmare, în virtutea interpretării actuale, entitatea contractantă consideră că documentul constatator este un act administrativ unilateral și individual.

Entitatea contractantă subliniază că, în raport cu jurisprudența în materie, conceptul de „*publicare*” se aplică actelor administrative cu caracter normativ, în timp ce actele administrative cu caracter individual trebuie doar comunicate destinatarilor, inclusiv pe cale orală, atunci când legea permite. Aducerea la cunoștință se realizează, potrivit Înaltei Curți de Casație și Justiție, prin publicare pentru actele normative și prin comunicare pentru cele individuale, forma eficientă fiind înmânarea directă sub semnătură.

Entitatea contractantă menționează că actul administrativ individual nu este constrâns legal să îmbrace o formă anume, în afara celei scrise, aceasta fiind regula generală. În mod excepțional, legea poate permite forma orală. Mai arată opinia exprimată de Înalta Curte de Casație și Justiție prin Decizia nr./...., potrivit căreia actele administrative cu caracter normativ conțin reguli generale, impersonale și se adresează tuturor, în timp ce actele administrative cu caracter individual se adresează unor subiecte determinate. În consecință, entitatea contractantă subliniază că un act juridic administrativ unilateral și individual nu se consideră suspendat automat în cazul în care este contestat sau dacă este inițiat un litigiu pentru anularea sa. Acesta produce efecte până la momentul în care situația de fond este înlăturată sau actul este anulat.

Entitatea contractantă susține că, în ceea ce privește încadrarea în situația de excludere prevăzută la articolul ... alineatul (.) litera g) din Legea nr. ../...., este necesară îndeplinirea cumulativă a două condiții: pe de o parte, existența unor încălcări grave sau repetate ale obligațiilor contractuale principale, iar pe de altă parte, generarea unor consecințe precum încetarea anticipată a contractului, aplicarea unor daune-interese sau alte sancțiuni similare. Mai menționează că, din conținutul documentului constatator nr./....., reiese clar că sunt îndeplinite condițiile pentru prima categorie, fiind descrise următoarele fapte imputate operatorului economic: neîndeplinirea obligațiilor contractuale

în termenul stabilit, oprirea nejustificată a lucrărilor și refuzul reluării acestora fără motive întemeiate, aspecte ce au pus în pericol finalizarea obiectivului de investiții în termenul prevăzut în contractul de finanțare din fonduri europene, precum și refuzul oricărei colaborări în vederea remedierii lucrărilor executate necorespunzător, prejudiciind astfel autoritatea contractantă prin întârzieri zilnice.

Entitatea contractantă consideră că aceste fapte sunt de natură să justifice încadrarea în prima condiție prevăzută de articolul menționat, întrucât ele reflectă o atitudine culpabilă și o conduită contrară obligațiilor contractuale esențiale.

În ceea ce privește cea de-a doua condiție, entitatea contractantă subliniază că în documentul constatator nr. / este consemnat faptul că au fost calculate penalități în valoare de, lei, reprezentând prejudiciul cauzat bugetului local din cauza neîndeplinirii obligațiilor contractuale. Totodată, reiese din documentele depuse de către operatorul economic că rezilierea contractului s-a realizat în mod unilateral de către autoritatea contractantă, ca urmare a neexecutării culpabile a acestuia. Astfel, entitatea contractantă arată că sunt întrunite condițiile prevăzute de articolul ... alineatul (.) litera g) din Legea nr. .. /, în ceea ce privește atât natura încălcărilor contractuale, cât și efectele generate de acestea.

Entitatea contractantă menționează că, în ceea ce privește susținerile contestatorului potrivit cărora „am arătat prin documentele depuse odată Răspunsul la solicitarea de clarificări că am pornit demersurile judiciare necesare suspendării documentului constatator negativ și, totodată, am realizat o serie de măsuri de autocorectare (negocieri, tranzacție etc.), aspecte care dovedesc tocmai faptul că suntem de bună-credință”, acestea nu sunt suficiente în raport cu cerințele prevăzute de art. ... din Legea nr. .. / și susține că respectivul articol reglementează excepțiile aplicabile situațiilor de excludere, însă nu face nicio referire la buna-credință ca temei pentru înlăturarea unei astfel de măsuri, ci prevede necesitatea unor măsuri concrete, tehnice sau organizatorice, prin care operatorul economic să demonstreze în mod efectiv și obiectiv credibilitatea sa în raport cu motivele de excludere.

Entitatea contractantă arată că, potrivit dispozițiilor legale menționate, operatorul economic poate furniza dovezi privind efectuarea

plății sau asumarea obligației de plată a despăgubirilor, clarificarea faptelor și împrejurărilor ilicite, cooperarea activă cu autoritățile de investigație, adoptarea unor măsuri de remediere la nivel tehnic și organizațional, eliminarea legăturilor cu persoanele implicate, reorganizarea personalului sau implementarea unor sisteme interne de control și audit. În consecință, entitatea contractantă consideră că simpla invocare a „bunei-credințe” și demararea unor proceduri judiciare sau negocieri nu echivalează cu luarea unor măsuri efective și suficiente în sensul articolului invocat.

În ceea ce privește afirmația contestatorului conform căreia documentul constatator nr. / nu ar exista sau ar fi suspendat, întrucât *„potrivit Notificării ANAP cu privire la situația de excludere reglementată la art. ... alin. (.) lit. g) din Legea nr. ../.... privind achizițiile publice, documentele constatatoare pot fi publicate în SEAP, în scopul opozabilității față de terți, doar după expirarea termenului legal de contestare, sau, în cazul documentelor constatatoare cu privire la care a fost formulată o contestație, numai după soluționarea contestației. Prin urmare, nepublicarea în SEAP a documentului constatator (ca urmare a contestării sale sau a neîmplinirii termenului de contestare) nu modifică efectele acestuia între părți, în măsura în care nu a fost suspendată executarea lui, ci afectează doar opozabilitatea față de terți a documentului constatator”*, entitatea contractantă subliniază că această interpretare este eronată.

Entitatea contractantă arată că norma legală aplicabilă la momentul emiterii documentului constatator nr. /, precum și în prezent, este diferită de cea invocată în mod eronat de către contestator și de către notificarea ANAP. Mai exact, entitatea contractantă reține că prevederile actuale stabilesc faptul că documentele constatatoare pot fi contestate potrivit Legii contenciosului administrativ, se publică în SEAP în termen de .. de zile de la emitere, cu excepția situației în care efectele sunt suspendate prin hotărâre judecătorească, și trebuie actualizate în SEAP în termen de . zile de la luarea la cunoștință asupra modificării situației de fapt. În acest context, entitatea contractantă apreciază că ..., prin casa de avocatură Giurgea, Ghidra & Asociații, indică în mod tendențios și ireverențios o variantă anterioară a normei legale, într-o încercare de a obține un avantaj procedural nejustificat în prezenta cauză. De asemenea, susține că ... invocă din nou notificarea ANAP din iunie, făcând referire la reglementarea aplicabilă art. ... alin. (.) lit. g) din Legea nr. ../...., și susține că documentele constatatoare nu produc efecte față de terți în lipsa publicării sau în cazul formulării unei contestații.

Entitatea contractantă respinge această interpretare, arătând că simpla nepublicare a documentului nu afectează efectele juridice ale acestuia între părți, iar documentul produce efecte atât între părțile contractului cât și față de terți, în special având în vedere că documentul a fost pus la dispoziție de contestator și face obiectul unor litigii între ... și Municipiul Totodată, consideră că este necesar a se menționa că notificările ANAP, deși pot fi utile pentru interpretarea anumitor norme,

nu au valoare normativă, nu reprezintă acte cu forță juridică și nu sunt întotdeauna corelate cu ultimele modificări legislative.

În continuare, entitatea contractantă observă că ... enumeră o serie de decizii pronunțate de instanțele de judecată, de CNSC și de CJUE, însă apreciază că acestea nu pot fi considerate relevante pentru speța dedusă judecătii, întrucât se referă exclusiv la forma anterioară a cadrului normativ, respectiv la dispoziții ce nu mai sunt în vigoare.

Entitatea contractantă subliniază totodată că, din analiza acestor practici judiciare indicate de contestator, rezultă că, în principiu, excluderea directă din procedură pe baza unui document constatat negativ nu este permisă, iar comisia de evaluare nu a operat o astfel de excludere automată. Din contră, în cadrul procedurii de față, comisia a solicitat clarificări și a analizat cu atenție atât DUAE, cât și documentele însoțitoare și cele transmise ulterior.

În urma acestei analize, entitatea contractantă constată că nu se regăsesc în cauză condițiile de excepție prevăzute de art. ... din Legea nr. ../..... Mai mult, entitatea contractantă precizează că contestatorul indică și o altă evaluare făcută de o altă autoritatea contractantă și consideră că aceasta este irelevantă fără a evalua și analiza restul documentelor depuse, iar o decizie a comisiei unei alte autorități contractante nu constituie și nu poate constitui din punct de vedere legal o jurisprudență acceptabilă.

În final, entitatea contractantă precizează că a suspendat procedura în SEAP, în urma depunerii contestației.

În probațiune, prin adresa nr. /, înregistrată la CNSC sub nr. /, ... SA a transmis la dosarul cauzei, pe suport electronic (stick), documente din dosarul achiziției publice.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. /, ... SRL a depus la dosarul cauzei, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. / . din, eliberată de CEC Bank, Sucursala ..., în valoare de, lei.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei,

Consiliul constată următoarele:

... SA, în calitate de entitate contractantă, a organizat o procedura de negociere competitivă, offline, în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare având ca obiect „...”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN...../....., stabilind termenul limită de depunere a ofertelor pentru, valoarea estimată a acordului-cadru, fără TVA, de, lei și criteriul de atribuire „*cel mai bun raport calitate-preț*”, având următorii factori de evaluare:

- „*Prețul ofertei*” – pondere ..%;
- „*Timpul de livrare*” – pondere ..%.

În cadrul procedurii de atribuire au depus candidaturi . operatori economici, iar după evaluarea solicitărilor de participare, comisia de evaluare a stabilit că este neadecvată solicitarea de participare depusă de ... SRL.

Nemulțumit de această decizie a comisiei de evaluare, comunicată prin adresa nr./....., ... SRL a depus contestația care face obiectul prezentei cauze, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei și susținând că solicitarea de participare a fost respinsă în mod nelegal, fără a i se solicita clarificări privind documentul constatator prezentat și fără a avea în vedere Notificarea ANAP cu privire la situația de excludere reglementată la „art. ... alin. (.) lit. g) din Legea nr. ../....”.

Analizând actul atacat, Consiliul constată că acesta conține următoarele informații:

„Solicitarea dumneavoastră de participare este considerată neadecvată, în conformitate cu dispozițiile art. ... alin. (.) lit. g) din Legea nr. ../.... coroborat cu alin. (.) al aceluiași articol, fără a putea fi aplicabile excepțiile expuse la art. ... din Legea nr. ../...., din următoarele motive:

Comisia a constatat faptul că documentul constatator declarat nu are efectele suspendate din punct de vedere juridic, mai mult denotă carențe grave în execuția contractului, astfel se constată incidenta dispozițiilor art. ... alin. (.) lit. g) din Legea nr. ../.... coroborat cu alin. (.) al aceluiași articol, fără a putea fi aplicabile excepțiile expuse la art. ... din Legea nr. ../....”

În vederea analizării criticii formulată cu privire la această decizie intermediară adoptată de entitatea contractantă, Consiliul constată că, în cadrul documentul DUAЕ, în legătură cu întrebarea „*Operatorul economic se află într-o situație în care un contract de achiziții publice anterior, un contract anterior încheiat cu o entitate contractantă sau un contract de concesiune anterior a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni comparabile în legătură cu respectivul contract anterior? Dacă da, vă rugăm să furnizați detalii:*”, contestatorul a bifat răspunsul “Da” și a menționat următoarele:

„S-a primit documentul constatator numărul/..... pentru contractul numărul/....., subscrisa a contestat în instanță

documentul, prin dosarul cu numărul/.../....., se așteaptă pronunțarea instanței sau concilierea situației. A se vedea nota explicativă atașată declarației conform art. ... din Legea ../.....”

Atașat acestui document, ofertantul a prezentat Nota explicativă la care face referire în DUAE, potrivit căreia:

«Raportat la art. ..., alin. (.), din Legea nr. ../.... prezentăm dovezi din care să rezulte neîncadrarea în situația excluderii prevăzută de art. ..., alin. (.), lit. g) din Legea nr. ../.... sau articolul ... alin.(I), lit. g) din Legea nr. ../....

Art. ... alin (.), lit. g) prevede următoarele:

„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”;

Am precizat la nivelul DUAE următoarele:

Contractul de execuție lucrări nr./..... încheiat între Modern Power Sysems SRL și Municipiul Sfântu Gheorghe a fost reziliat de către autoritatea contractantă la data de Această reziliere a fost contestată în instanță, făcând obiectul dosarului nr./.../.... care a fost ulterior conexat la dosarul/.../.... Aferent rezilierii s-a emis documentul constatator nr./..... care a fost contestat de către subscrisa, făcând obiectul dosarului/.../.... și care se va conexa la dosarul/.../....*.*

S-au produs întârzieri în derularea contractului deoarece lucrările prevăzute de contractul/..... au fost secționare de diverse alte contracte de lucrări suplimentare sau lucrări neprevăzute, a căror complexitate și succesiune logică nu a fost analizată niciodată de Autoritatea Contractantă, emițând ordine de reîncepere a lucrărilor chiar dacă lucrările suplimentare nu au fost finalizate deja, implicit predarea frontului nu putea fi asigurată. Situațiile de Lucrări care au fost aprobate de către Autoritatea Contractantă au fost aprobate cu mari întârzieri depășindu-se orice termene rezonabile și pentru care subscrisa nu mă aflu în culpă. Neaprobarea situațiilor de lucrări (nici măcar în parte, pentru lucrări pentru care nu exista niciun fel de discuții) a condus fie la neachitarea facturilor emise de subscrisa și implicit la suspendarea lucrărilor.

Ați luat măsuri pentru a demonstra fiabilitatea dumneavoastră?

DA

Descriere: Subscrisa am efectuat **demersuri pentru închiderea proiectului** de investiție obiect al Contractului de execuție lucrări nr./. In acest sens, în prezent, ... SRL alături de Municipiul ... depun eforturi pentru **încheierea unei tranzacții judiciare pentru închiderea pe cale amiabilă a dosarului/.../....*** și pentru închiderea proiectului de achiziție publică. **Subscrisa am elaborat și implementat proceduri interne noi privind participarea la procedurile de achiziții publice, proceduri care sunt actualizate și îmbunătățite în permanență, inclusiv în privința participării la licitații în asocieri. Managementul companiei urmărește în mod continuu respectarea întocmai a acestor proceduri de către toți angajații săi."**

Înțelegem să depunem la anunțul de participare în susținerea celor arătate deja în cadrul DUAЕ, următoarele documente:

cerere de chemare în judecată care are ca obiect principal anularea notificării de reziliere nr./. a Contractului de execuție lucrări nr./. emisă de către Municipiul ... și care a făcut obiectul dosarului/.../...., conexasat ulterior la dosarul/.../....*;

cerere de chemare în judecată care are ca obiect anularea documentului constatator negativ nr./. emis de către Municipiul ... în legătură cu contractul de execuție lucrări nr./, care face obiectul dosarului nr./.../...., amânat pentru rezolvarea pe cale amiabilă a litigiului;

corespondență purtată între părți privind rezolvarea litigiului pe cale amiabilă; declarații din presă ale reprezentărilor Municipiului ...;

În primul rând, trebuie precizat faptul că dispozițiile Art. ... alin. (.), lit. g) din Legea nr. ../...., prevăd că simpla existență a documentului constatator nu presupune excluderea subscrisei din procedura de atribuire, astfel că excluderea unui participant nu se dispune automat, ca urmare a existenței unui document constatator emis cu privire la reclamantă și cu atât mai puțin când acest document și notificarea de reziliere a contractului sunt contestate pe cale judiciară.

Acest lucru este statuat și din punct de vedere jurisprudențial de către Tribunalul ..., care în respingerea cererii de suspendare a unui document constatator arată că „Din cuprinsul prevederilor anterior citate, rezultă că excluderea reclamantei din procedura de atribuire nu se dispune automat, ca urmare a existenței unui document constatator emis cu privire la reclamantă și cu atât mai puțin când acest document și notificarea de reziliere a contractului sunt contestate pe cale judiciară.

Așadar paguba invocată de reclamant este numai eventuală și nu este previzibilă, or paguba iminentă este definită de art. . lit. ș) din Legea nr. .../.... ca fiind prejudiciul material viitor și previzibil sau, după caz, perturbarea previzibilă gravă a funcționării unei autorități publice sau a unui serviciu public.

Potrivit instrucțiunii ANAP publicat pe site (<https://anap.gov.ro/web/wp-content/uploads/.../..Notificare-motiv-excludere-art-...-alin-l-lit-g-FINAL.pdf>) se evidențiază faptul că „legea permite acceptarea în procedură a unui operator economic aflat în situația de excludere care face obiectul prezentei

Notificări în cazul în care acesta poate furniza dovezi prin care să arate că a luat măsuri suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea, dovezi care se pot referi inclusiv la plata penalităților sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate, notificare care transpune prevederile art. .. paragraful (.) din Directiva/UE.

Curtea de Justiție a Uniunii Europene (CJUE) admite libertatea nelimitată de apreciere pe care o au autoritățile contractante în legătură cu excluderea operatorilor economici în cazul motivelor facultative prevăzute de Directiva privind achizițiile publice. Cu toate acestea, CJUE subliniază necesitatea respectării principiului proporționalității în contextul aprecierii cazurilor de excludere referitoare la fiabilitatea/credibilitatea operatorului economic participant la procedura de atribuire de existența unui certificat constatator negativ ce încă produce efecte (i.e. acesta nefiind atacat în contencios administrativ/ nefiind suspendat sau ce încă se află în termenul de trei/cinci ani de valabilitate indicat de art. ... alin. (.) din Legea privind Achizițiile Publice).

Mai mult, CJUE statuează, cu titlu definitoriu pentru lumina în care trebuie interpretate dispozițiile privind excluderea operatorilor economici din procedurile de atribuire, că „stabilirea unei relații de încredere între autoritatea contractantă și ofertantul câștigător presupune, așadar, ca această autoritate contractantă să nu fie în mod automat ținută de aprecierea făcută, în cadrul unui contract de achiziții publice anterior, de o altă autoritate contractantă, în special pentru a fi în măsură să acorde o atenție deosebită principiului proporționalității la momentul aplicării cauzelor facultative de excludere(...)" (a se vedea punctul .. din Hotărârea CJUE din . octombrie, Cauza Delta, C-.../.., ECLI:EU:C:.....:..).

În final, putem concluziona faptul că Documentul constatator negativ nr./..... emis de către Municipiul ... nu poate sta la baza excluderii subscrisei de la prezenta procedură de achiziție, mai ales în cazul în care nu există o hotărâre definitivă prin intermediul căreia să se constate legalitatea acestui act administrativ

În al doilea rând, subscrisa am efectuat demersuri pentru închiderea proiectului de investiție obiect al Contractului de execuție lucrări nr./..... În acest sens, în prezent, ... SRL alături de Municipiul ... depun eforturi pentru încheierea unei tranzacții judiciare pentru închiderea pe cale amiabilă a dosarelor nr/.../....* aflat pe rolul Tribunalului Covasna și

nr./.../.... aflat pe rolul Tribunalului Braşov şi pentru închiderea proiectului de achiziţie publică.

(...)

În dovedirea acestui aspect depunem la dosar corespondenţa purtată între reprezentatii Municipiului ... şi ai subscrisei.

În acest sens, părţile poartă negocieri şi discuţii prin care doresc:

- să identifice cu exactitate care sunt lucrările care sunt, în mod efectiv, în sarcina ...;

- să identifice stadiul exact al lucrărilor menţionate anterior şi restul lucrărilor rămas de executat;

- să identifice deficienţe ale lucrărilor menţionate anterior, care sunt datorate ... (dacă există), precum şi eventuale nemulţumiri ale Mun. ...;

- să identifice obligaţiile de plată neonorate de către Mun. ...;

- să realizeze concesi reciproc, fiecare cu privire la propriile obligaţii, pentru realizarea obiectelor contractelor menţionate anterior.

ii. Documentul constatator nr./..... emis de Societatea de Distribuţie a Energiei Electrice Transilvania Nord S.A.

Este important de subliniat că situaţia de excludere reglementată de art. ... alin. (.) lit. g) din Legea nr. ../.... sau articolul ... alin. (.), lit. g) din Legea nr. ../.... nu mai subzistă după o perioadă de . ani de la data la care a fost produsă, cu condiţia să nu existe o hotărâre judecătorească definitivă privind aplicarea măsurii interdicţiei de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziţie publică/sectorială/acord-cadru pentru o anumită perioadă, caz în care situaţia de excludere se aplică pe toată perioada interdicţiei.

Astfel, spre exemplu, în condiţiile expuse mai sus, un document constatator negativ este valabil pe o perioadă de . ani de la data apariţiei situaţiei, săvârşirii faptei sau producerii evenimentului relevant care a condus la menţiunile din documentul respectiv.

Aceste aspect au fost stabilite de către Agenţia Naţională pentru Achiziţii Publice prin Notificarea cu privire la excluderea reglementată la art. ... alin. (.) lit. g) din Legea nr. ../.... privind achiziţiile publice.

Arătăm în acest sens că între subscrisa în calitate de Promitent Furnizor şi SOCIETATEA DE DISTRIBUTIE A ENERGIEI ELECTRICE TRANSILVANIA NORD SA (actual DEER SA), în calitate de Promitentă Entitate Contractantă, s-a încheiat Acordul-cadru sectorial de produse nr. .../.....

La data de, în baza Acordului-cadru sectorial descris mai sus, noi părţile am încheiat Contractul Subsecvent nr. . (....). Conform Contractul Subsecvent nr.. subscrisa m-am obligat să livrez către Entitatea Contractantă cantitatea de (cantitate suplimentară cu ..% fata de cantitatea din acordul cadru) contoare electrice care să corespundă specificaţiilor Caietului de sarcini al proiectului de achiziţie publică, în schimbul preţului de RON

Conform stipulaţiilor contractuale, subscrisa aveam obligaţia să livrez la fiecare sucursală a SDEE EDTN în parte, până în luna Noiembrie inclusiv, produsele obiect al contractului, respectând graficul de livrare descris în Anexa . la contract.

La data de, Societatea ... a recepționat notificarea de reziliere a contractului subsecvent nr. .../....., precum și de reziliere a acordului-cadru nr..../..... în sensul încetării raporturilor obligaționale între părți cu privire la Lotul . „Contor static monofazat, ..) A minim, EA+ER, cu ceas, afișaj electronic" astfel respectiv rezilierea s-a raportat la o cantitate de contoare din total contoare prevăzute în acordul cadru .../....., reprezentând ... %.

Astfel că putem observa limpede că au trecut mai mult de . ani de la data producerii împrejurărilor care au dus la rezilierea acordul cadru .../..... și implicit a documentului constatator nr./.....

Dispozițiile art. ... alin (.) din Legea nr. ../.... prevăd aceleași aspecte redate mai sus: „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. ... și ... nu se aplică:

a) dacă, în cazul faptelor prevăzute la art. ..., a expirat o perioadă de . ani de la data hotărârii definitive de condamnare;

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

Prin urmare dacă actul în discuție a fost emis la data de, în prezent, în baza textului de lege descris mai sus, subscrisa nu pot fi exclusă din prezenta procedură în baza documentului constatator nr./..... emis de Societatea de Distribuție a Energiei Electrice Transilvania Nord S.A.»

Având în vedere existența acestor informații în DUAЕ, comisia de evaluare, prin adresa nr./....., a solicitat candidatului următoarele clarificări:

„Prin prezenta, vă solicităm documentele justificative prin care se demonstrează îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție în conformitate cu informațiile declarate în DUAЕ, precizate în fișa de date la secțiunile III.....a), III.....b), III....), III.....a) și III.....b).

De asemenea, vă solicităm suplimentar următoarele clarificări împreună cu documentele justificative:

- Pentru Secțiunea III.....a) Situația personală a candidatului sau ofertantului din Fișa de Date, vă solicităm documentele suport, respectiv documentul constatator nr./....., precum și documente actualizate din

care să rezulte dacă a fost sau nu suspendată activitatea documentului constatator nr. /, respectiv **documente din care să rezulte măsurile organizatorice interne întreprinse de dumneavoastră pentru a evita apariția unor asemenea evenimente ulterioare, în conformitate cu art. ..., alin. . din Legea .. /**

- (...)."

... SRL a răspuns solicitării, prin adresa nr. ... / depunând, în legătură cu această solicitare, documentul constatator primar nr. / pentru contractul numărul /, precum și documente care conțin informații cu privire la demersurile privind amânarea cauzei în vederea rezolvării pe cale amiabilă a litigiului.

Comisia de evaluare a analizat răspunsul primit și, potrivit consemnărilor din procesul verbal nr. /, a reținut că cerința este neîndeplinită întrucât **„Candidatul nu a prezentat dovezi suficiente în ceea ce privește remedierea situațiilor și a deficiențelor care a condus la emiterea documentului constatator. Simpla declarație de implementare a unor proceduri interne privind participarea la procedurile de achiziții publice nu poate fi considerată îndestulătoare întrucât situația în discuție, care a dus la generarea documentului constatator / a fost de natură operațională în execuția contractului”.**

Din conținutul documentului constatator primar nr. /, reiese concluzia respectivei autorități contractante (Municipiul ...) potrivit căreia:

„Contractul nu a fost îndeplinit în mod corespunzător, având în vedere că:

- contractantul nu a îndeplinit obligațiile contractuale asumate în termenul stabilit;

- a oprit nejustificat lucrările, a refuzat fără motiv întemeiat reluarea acestora în vederea finalizării, astfel existând riscul nefinalizării obiectivului în termenul prevăzut în contractul de finanțare din fonduri europene;

- a refuzat orice colaborare pentru rectificarea lucrărilor greșit executat cauzându-ne prin atitudinea sa culpabilă prejudiciu pentru fiecare zi de întârziere.

În conformitate cu prevederile contractului, au fost calculate penalități în cuantum de, lei reprezentând valoarea prejudiciului cauzat bugetului local prin neîndeplinirea obligațiilor contractuale”.

În analiza prezentei contestații, Consiliul apreciază relevante următoarele dispoziții legale:

- art. ... alin. (.) lit. g) și alin. (.) din Legea nr. .. /

„(.) Entitatea 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 reveneau 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;

(...)

(.) În sensul dispozițiilor alin. (.) lit. g), se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea obligațiilor privind livrarea produselor sau serviciilor, ori neexecutarea lucrărilor, livrarea unor produse sau servicii care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației avute în vedere de entitatea contractantă, ori executarea unor lucrări care nu respectă cerințele caietului de sarcini, sau un comportament necorespunzător care creează îndoieli serioase cu privire la credibilitatea operatorului economic. ”;

- art. ... alin. (.) din Legea nr. ../....:*

„(.) Entitatea contractantă are obligația de a verifica existența unei situații de excludere prevăzute la art. ..., ... și ... în legătură cu subcontractanții propuși.”;

- art. ... din Legea nr. ../....:*

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

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

(.) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. ..., ... și ... le poate furniza entității contractante, în sensul prevederilor alin. (.), 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.

(.) Entitatea contractantă evaluează măsurile luate de operatorii economici și dovedite în conformitate cu alin. (.), ținând seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale infracțiunii sau abaterii avute în vedere. ”

(.) În cazul în care măsurile prevăzute la alin. (.) sunt considerate insuficiente de către entitatea contractantă, aceasta transmite operatorului economic o expunere a motivelor care au condus la luarea deciziei de excludere a acestuia din procedura de atribuire.

(.) În cazul în care operatorului economic 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/acord-cadru sau a unui contract de concesiune, care produce efecte în România, prevederile alin. (.) - (.) nu sunt aplicabile pe toată perioada de excludere stabilită prin respectiva hotărâre.

(.) 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/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situațiile de excludere prevăzute la art. ... și ... nu sunt aplicabile:

a) dacă, în cazul faptelor prevăzute la art. ..., a trecut o perioadă de . ani de la data rămânerii definitive a hotărârii de condamnare;

b) dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. ... a trecut o perioadă de . ani de la data la care s-a produs situația, fapta sau evenimentul relevant.”

- art. ... din HG nr. .../....:

„(.) Entitatea 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, după cum urmează: (...)

e) pentru contractele de lucrări atribuite printr-o procedură de atribuire: în termen de .. zile de la data încheierii procesului- verbal de recepție la terminarea lucrărilor și, suplimentar, în termen de .. zile de la data încheierii procesului-verbal de recepție finală a lucrărilor, întocmit la expirarea perioadei de garanție a lucrărilor în cauză;

(...)

(.) Documentele constatatoare emise de către entitatea contractantă în conformitate cu prevederile alin. (.) și (.) pot fi contestate potrivit Legii contenciosului administrativ nr. .../...., cu modificările și completările ulterioare.

(.) Documentele constatatoare emise de către entitatea contractantă pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către

contractant/contractantul asociat și, dacă este cazul, pentru eventualele prejudicii se publică în SEAP în termen de .. de zile de la data emiterii, cu excepția situației în care efectele au fost suspendate prin hotărârea instanței de judecată.

(.) Entitatea contractantă are obligația de a actualiza în SEAP informațiile cu privire la documentul prevăzut la alin. (.) în termen de . zile de la momentul luării la cunoștință că situația de fapt ce a stat la baza emiterii respectivului document constatator trebuie modificată din cauze obiective.

(...)

(.) 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. ... alin. (.) lit. g) din Lege.”

În cauza C-.../.. Delta Antrepriză de Construcții și Montaj .. SA

împotriva Companiei Naționale de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, **CJUE s-a pronunțat astfel:**

„... Astfel cum rezultă din modul de redactare a articolului .. alineatul (.) din Directiva/.., legiuitorul Uniunii a intenționat să încredințeze autorității contractante și doar acesteia, în faza de selecție a ofertanților, sarcina de a aprecia dacă un candidat sau un ofertant trebuie să fie exclus de la o

procedură de achiziție publică (Hotărârea din .. iunie, Meca, C- ../..,

EU:C:.....:..., punctul ..).

.. Această posibilitate de care dispune orice autoritate contractantă de a exclude un ofertant de la o procedură de achiziție publică este menită în special să îi permită să aprecieze integritatea și fiabilitatea fiecăruia dintre ofertanți. În special, cauza facultativă de excludere menționată la articolul .. alineatul (.) litera (g) din Directiva/.. coroborat cu considerentul (...) al acestei directive are la bază un element esențial al relației dintre ofertantul câștigător și autoritatea contractantă, și anume fiabilitatea ofertantului, pe

care se întemeiază încrederea acordată acestuia de autoritatea contractantă (a se vedea în acest sens Hotărârea din .. iunie, Meca, C- ../.., EU:C:.....:..., punctele .. și ..).

.. Stabilirea unei relații de încredere între autoritatea contractantă și ofertantul câștigător presupune, așadar, ca această autoritate contractantă să nu fie în mod automat ținută de aprecierea făcută, în cadrul unui contract de achiziții publice anterior, de o altă autoritate contractantă, în special pentru a fi în măsură să acorde o atenție deosebită principiului proporționalității la momentul aplicării cauzelor facultative de excludere (a se vedea în acest sens

Hotărârea din .. iunie, Meca, C- ../.., EU:C:.....:..., punctele .. și ..). Astfel,

acest principiu impune ca autoritatea contractantă să examineze și să aprecieze ea însăși faptele. În această privință, astfel cum a arătat domnul avocat general la punctul .. din concluziile sale, din modul de redactare a articolului .. alineatul (.) litera (g) din Directiva/.. reiese că neregula săvârșită de ofertant trebuie să fi fost suficient de gravă pentru a justifica, din perspectiva principiului proporționalității, rezilierea contractului.

.. Rezultă că o autoritate contractantă nu poate deduce în mod automat din decizia unei alte autorități contractante de a rezilia un contract de achiziții publice anterior, pentru motivul că ofertantul ar fi subcontractat o parte din lucrări fără autorizarea sa prealabilă, că acest ofertant a dat dovadă de deficiențe semnificative sau persistente, în sensul articolului .. alineatul (.) litera (g) din Directiva/.., referitor la îndeplinirea unei cerințe de fond aferente acestui contract de achiziții publice.

.. Revine astfel autorității contractante sarcina de a efectua propria evaluare a comportamentului operatorului economic vizat de rezilierea unui contract de achiziții publice anterior. În această privință, ea trebuie să examineze, în mod diligent și imparțial, pe baza tuturor elementelor relevante, printre care decizia de reziliere, și având în vedere principiul proporționalității, dacă acest operator este, din punctul său de vedere, răspunzător pentru deficiențe semnificative sau persistente de care a dat dovadă la îndeplinirea unei cerințe de fond care îi revenea în cadrul contractului menționat, deficiențele respective fiind susceptibile să provoace ruperea legăturii de încredere cu operatorul economic în cauză.

(...)

.. (...) în cazul în care constată că sunt îndeplinite condițiile prevăzute la articolul .. alineatul (.) litera (g) sau (h) din Directiva/.., autoritatea contractantă trebuie, pentru a respecta prevederile articolului .. alineatul (.) din această directivă coroborat cu considerentul (...) al directivei menționate, să lase posibilitatea operatorului economic în cauză să furnizeze dovezi care să

ateste că măsurile corective pe care acesta din urmă le-a luat sunt suficiente

pentru a evita repetarea neregularității aflate la originea rezilierii contractului de achiziții publice anterior și că, prin urmare, acestea sunt de natură să demonstreze fiabilitatea sa în pofida existenței unei cauze facultative de excludere relevante”.

În stabilirea legalității deciziei de respingere a solicitării de participare a contestatorului trebuie avute în vedere dispozițiile legale citate mai sus, care stabilesc în ce condiții operează excluderea operatorului economic. Astfel, abordând coroborat aceste texte legale, rezultă 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 sau „refuzul nemotivat” al ofertantului declarat câștigător de a semna contractul de achiziție publică; 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 improprie 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 oferta depusă de ... SRL a fost în mod legal respinsă, îi revine entității contractante sarcina de a verifica și de a stabili dacă situațiile identificate în documentul constatator în discuție se încadrează în dispozițiile art. ... alin. (.) lit. g) din Legea nr. ../.... și dacă acesta a condus la plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Din modul de exprimare a legiuitorului, în emiterea dispozițiilor art. ... alin. (.) lit. g) și alin. (.) din Legea nr. ../...., rezultă 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 celui întâlnit în prezenta speță, fără a fi necesare alte verificări.

Legiuitorul nu a condiționat excluderea din procedură, în cazul prevăzut la art. ... alin. (.) lit. g) din Legea nr. ../..., de existența unei hotărâri judecătorești definitive asupra legalității emiterii unui document constatator, însă, important este a observa și că, potrivit aceleiași 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. Astfel, în textul dispozițiilor coroborate ale art. ... alin. (.) lit. g) și alin. (.) din Legea nr. ../..., nu se condiționează excluderea operatorului economic de existența unui document constatator emis de vreun beneficiar al acestuia.

Potrivit art. ... alin. (.) din HG nr. ../..., *„Entitatea 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. (.) al aceluiași 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. ... alin. (.) lit. g) din Lege.”*

Drept urmare, dacă legiuitorul ar fi dorit ca excluderea operatorului economic să intervină ca efect al existenței, pur și simplu, a unui document constatator emis în baza art. ... alin. (.) din HG nr. ../..., ar fi prevăzut în mod clar această posibilitate. Însă, așa cum este înscris la art. ... alin. (.) din HG nr. ../..., 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. ... alin. (.) [lit. g\)](#) din Lege.”*

Prin urmare, nici din conținutul documentului constatator și nici din textele de lege ce reglementează emiterea și efectele sale, nu rezultă că 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, iar faptul că acesta nu are efectele suspendate din punct de vedere juridic fiind, astfel, nerelevant speței.

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. ... alin. (.) [lit. g](#)) din Legea nr. ../...., excluderea operând numai dacă sunt îndeplinite condițiile legale invocate.

Pe de altă parte, din interpretarea tuturor dispozițiilor legale citate, rezultă faptul că entitatea contractantă **are dreptul** de a exclude operatorul care se află în situațiile de excludere prevăzute la art. ... din Legea nr. ../.... [în speță, lit. g)], operator care, la rândul său, are posibilitatea de a furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea; de aici, concluzia că, pe de o parte, existența unui document constatator al situației nu conduce în mod automat la excludere, iar pe de altă parte, că, prezentarea unor astfel de dovezi **poate sau nu să convingă entitatea contractantă, care-și poate asuma răspunderea de a păstra în procedură ofertantul.**

Prin urmare, entitatea contractantă dispune de un drept de apreciere în ceea ce privește excluderea din procedură, în cazul incidenței situației prevăzute la art. ... alin. (.) lit. g) din Legea nr. ../...., aceasta fiind singura responsabilă pentru modul de atribuire a contractului, în aplicarea principiului asumării răspunderii.

Dispozițiile enunțate stabilesc dreptul de apreciere al entității contractante în ceea ce privește măsura excluderii, în situația concretă din speță, și, atâta timp cât acest drept de apreciere se exercită în limitele impuse de lege și cu respectarea principiilor de atribuire a contractelor de achiziții, nu poate fi apreciat ca abuziv.

Însă, stabilirea incidenței acestei situații de excepție este lăsată la aprecierea entității contractante, aspect în strânsă legătură cu principiul asumării răspunderii statuat de art. . alin. (.) lit. f) din Legea nr. ../...., Comisiei de evaluare revenindu-i sarcina de a stabili dacă prin documentele depuse, ofertantul dovedește că are capacitatea de a furniza produsele ce fac obiectul prezentei proceduri de atribuire.

Această concluzie este susținută și de interpretarea gramaticală a dispozițiilor art. ... alin. (.) din Legea nr. ../.... potrivit cu care: **„În cazul în care entitatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (.) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în**

concret a credibilității, entitatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire”

Așadar, operatorul economic aflat într-una din situațiile de excludere trebuie să prezinte dovezi suficiente, de natură a demonstra în concret și a convinge entitatea contractantă de credibilitatea sa.

Prin urmare, dispozițiile invocate instituie, pe de o parte, posibilitatea operatorului economic aflat într-una din situațiile de excludere, de a aduce dovezi concrete pentru a convinge entitatea contractantă de credibilitatea sa, iar pe de altă parte, **dreptul entității contractante de a aprecia suficiența acestor dovezi.**

Din actele depuse, rezultă că entitatea 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.

În speță, Consiliul constată că entitatea contractantă a înțeles să facă verificări cu privire la documentul constatator emis de Municipiul ... pentru ... SRL, solicitând ofertantului, așa cum s-a mai reținut în prezenta decizie, **pe de o parte**, documentul constatator nr. /, precum și documente actualizate din care să rezulte dacă a fost sau nu suspendată activitatea documentului constatator nr. /, iar **pe de altă parte, documente din care să rezulte măsurile organizatorice interne întreprinse de ofertant pentru a evita apariția unor asemenea evenimente ulterioare**, în conformitate cu art. ... alin. (.) din Legea .. /

Astfel, Consiliul constată că, deși, raportat la textele de lege citate și la considerentele expuse mai înainte, verificarea pe care achizițoarea era chemată să o realizeze nu trebuia să vizeze existența vreunei căi de atac împotriva documentului constatator în posesia căruia era, aceasta a solicitat însă contestatorului și documente care vizau măsuri luate în sensul dovedirii credibilității, care să îi permită să stabilească dacă sunt îndeplinite condițiile cumulative pentru excluderea reglementată la art. ... alin. (.) [lit. g\)](#) din Legea nr. .. /

Or, contestatorul a răspuns solicitării entității contractante de a prezenta documente din care să rezulte măsurile organizatorice interne întreprinse de ofertant pentru a evita apariția unor asemenea evenimente ulterioare prezentând doar informații cu privire la demersurile judiciare întreprinse în legătură cu documentul constatator și cu negocierile/ tranzacțiile inițiate cu emitenta documentului constatator, în condițiile în care legiuitorul a stabilit, la art. ... alin. (.) din Legea nr. .. /, că „Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. ..., ... și ... le poate furniza entității contractante, în sensul prevederilor alin. (.), 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.”

Dovezile prezentate de candidat nu au fost de natură să convingă entitatea contractantă cu privire la credibilitatea acestuia, în cadrul procesului verbal nr. /, așa cum s-a mai reținut în prezenta decizie, aceasta justificând concluzia la care a ajuns prin faptul că nu au fost prezentate dovezi suficiente în ceea ce privește remedierea situațiilor și a deficiențelor care a condus la emiterea documentului constatator, iar simpla declarație de implementare a unor proceduri interne privind participarea la procedurile de achiziții publice nu poate fi considerată îndestulătoare întrucât situația în discuție, care a dus la generarea documentului constatator / a fost de natură operațională în execuția contractului (informații existente în Nota explicativă – secțiunea „Ați luat măsuri pentru a demonstra fiabilitatea dumneavoastră? DA”, atașat documentului DUAЕ).

Prin urmare, se poate concluziona că entitatea contractantă a analizat documentele și explicațiile candidatului cu privire la credibilitatea sa și a justificat în cadrul procesului verbal elaborat cu această ocazie, decizia adoptată.

Jurisprudența invocată de contestatoare cu privire la situația analizată anterior, nu poate fi reținută de Consiliu, în condițiile în care, pe de o parte, în dreptul românesc precedentul judiciar nu constituie izvor de drept, iar pe de altă parte, faptul că fiecare speță în parte are

specificul său și un anumit probatoriu administrat în cauză de părți. Astfel, în speță, entitatea contractantă, dispunând de un drept de apreciere în ceea ce privește excluderea din procedură, a considerat insuficiente dovezile furnizate de contestator, critica privind acest aspect fiind neîntemeiată.

Este adevărat, însă, că în comunicarea rezultatului intermediar atacat în prezenta cauză, entitatea contractantă nu a comunicat candidatului în integru, justificarea existentă în cadrul procesului verbal nr., însă, întrucât, în cadrul punctului de vedere, comunicat și contestatorului la, justificarea în discuție este reiterată, obligarea entității contractante la recomunicarea rezultatului intermediar ar însemna dovada unui formalism excesiv.

Luând în considerare toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, în temeiul dispozițiilor art. .. alin. (.) din Legea nr. .../.... cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația depusă de ... SRL, în contradictoriu cu entitatea contractantă ... SA.

În baza dispozițiilor art. .. alin. (.) din Legea nr. .../...., contestația urmând a fi respinsă, Consiliul va respinge și cererea formulată de ... SRL de obligare a entității contractante la plata cheltuielilor legate de soluționarea contestației.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația depusă de ... SRL, în contradictoriu cu entitatea contractantă ... SA.

Respinge cererea formulată de ... SRL de obligare a entității contractante la plata cheltuielilor legate de soluționarea contestației.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de .. zile de la comunicare.

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**