CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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

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

DECIZIE

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

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., înaintată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI ....., reprezentată legal prin ..... - Director general, formulată împotriva rezultatului evaluării DUAE, ce i-a fost comunicat prin adresa nr. D71/7/975/27.03....., emis de ..... SA, cu sediul în ....., ..., ..., în calitate de entitate contractantă în cadrul procedurii, licitație deschisă, organizate în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Salubrizare automotoare și/sau rame electrice la Depoul Brașov (salubrizare în depou)”, cu anunț de participare nr. ....., publicat în SEAP la ....., s-a solicitat Consiliului:

- „anularea rezultatului aplicării procedurii de achiziție comunicat prin adresa D71/7/975/27.03.....;
- anularea raportului de evaluare în ceea ce privește oferta subscrisei;
- reevaluarea ofertei depuse de subscrisa și constatarea admisibilității acesteia”.

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

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., SC ..... SRL atacă rezultatul evaluării propriului DUAE, ce i-a fost comunicat prin adresa nr. D71/7/975/27.03....., emisă de ..... SA, în calitate de entitate contractantă în procedura amintită, considerând nelegală decizia acesteia din urmă, de a-i respinge oferta ca neadecvată, în baza

dispozițiilor art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, pe motivul că și-ar fi încălcat obligații contractuale precedente, constând în încetarea anticipată a unor contracte.

Pentru a ajunge la această decizie, menționează contestatoarea, au fost luate în considerare documente constatatoare emise, în temeiul art. 97^{1} din HG nr. 925/2006, chiar de către entitatea contractantă organizatoare a prezentei proceduri de achiziție.

În ceea ce privește invocarea, în cuprinsul comunicării rezultatului procedurii și în răspunsul la notificarea prealabilă, a faptului că instanța s-ar fi pronunțat în dosarul nr. ..../3/2017 cu privire la respingerea cererii de suspendare a efectelor actelor administrative evocate, respectiv a certificatelor constatatoare negative, izvor al respingerii din procedură, raportat la faptul că obiectul dosarului nu a vizat fondul cauzei, ci doar o măsură provizorie (suspendarea), contestatoarea consideră că nu poate fi reținut, automat, faptul că simpla respingere a unei cereri de suspendare atrage respingerea ofertei sale, ca neadecvată, așa cum susține entitatea contractantă.

Pe de altă parte, susține contestatoarea, pentru a opera măsurile de excludere, așa cum, de altfel, precizează și dispozițiile art. 161 alin. (8) din HG nr. 394/2016, pentru a asista la incidența efectelor unui certificat constatator negativ, este necesară, deopotrivă, incidența prevederilor art. 180 alin. (6) din Legea nr. 99/2016.

Cu alte cuvinte, la momentul adoptării unei decizii de respingere a unei oferte, comisia de evaluare este obligată să verifice în mod concret situația operatorului economic, prin prisma prevederilor art. 161 alin. (8) din HG nr. 394/2016, respectiv comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă aceasta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 180 alin. (1) lit. g) din Lege.

Astfel, față de condițiile prevăzute pentru eliminarea unui operator economic dintr-o procedură de achiziție sectorială, datorată unor abateri profesionale grave, contestatoarea apreciază că analiza și evaluarea trebuie realizată în mod particular, prin raportare la situația concretă și punctuală a fiecărui operator economic.

Până la pronunțarea definitivă a instanței asupra incidenței, în mod real, a unei cauze care să determine excluderea unui operator economic dintr-o procedură, fiecare ofertă, implicit, documentele ce o însoțesc, trebuie analizate și evaluate în raport de situația concretă, la zi, a respectivului operator economic.

Prin urmare, respingerea trebuie realizată atunci când se asistă la un comportament necorespunzător constant, iar nu izolat, care să pună la îndoială, în mod real credibilitatea operatorului economic evaluat.

Or, în ceea ce o privește, arată contestatoarea, dincolo de certificatele constatatoare, obiect al eliminării, asupra cărora dăinuie litigiul din dosarul nr. ..../3/2017, în răstimpul scurs de la data emiterii acestora până la zi, a primit cel puțin alte 4 certificate constatatoare pozitive, pentru activități derulate în perioada anterioară, similară cu cea pentru care au fost emise primele, precum următoarele (postate în SEAP):

- BC 22/ST/303/09.06.2016, emis de ....;
- E 6.2./1382/23.11.2017, emis de .....;
- BC 22/ST/108/08.02....., emis de ....;
- E 6/907/05.08.2017, emis de .....

În acest context, contestatoarea susține că, în cauză, nu se poate ridica problema punerii la îndoială a credibilității sale, așa cum circumscrie art. 180 alin. (6) din Legea nr. 99/2016.

De altfel, nici în ceea ce privește situația certificatelor constatatoare, izvor al eliminării sale, contestatoarea precizează că, în fapt, existența acestora nu s-a datorat nici culpei sale profesionale, nici nerespectării unor obligații contractuale legate de calitatea, ritmul, timpii de prestare, nici nerespectării unor cerințe ale caietului de sarcini și nici unui comportament necorespunzător, de natură a-i pune la îndoială credibilitatea, cu atât mai mult cu cât a acumulat, deja, alte certificate constatatoare pozitive.

Pe de altă parte, contestatoarea menționează că încetarea anticipată a acordurilor-cadru, izvor al certificatelor negative, respectiv neîncheierea unor noi contracte subsecvente, a avut un temei comercial, și anume majorarea salariului minim brut pe țară garantat în plată, începând cu 01.02.2017, cu cca. 16% față de nivelul salarial anterior, aspect cu importanță semnificativă în structura prețurilor de prestare, raportat la ponderea manoperei din total servicii, majorare pe care beneficiarul promitent nu a considerat necesar să o accepte. Încetarea anticipată a respectivelor acorduri-cadru s-a realizat după lungi tratative comerciale purtate între părți, consemnate într-o suită de adrese și, de asemenea, încetarea anticipată a respectivelor acorduri-cadru s-a realizat după încercări repetate de a-și dovedi fiabilitatea, așa cum prevăd regulile în vigoare aplicabile achizițiilor publice.

Față de maniera de evaluare a ofertei în această cauză, contestatoarea apreciază că au fost, pe de o parte, ignorate aspectele precizate în cuprinsul formularului DUAE și că, pe de altă parte, au fost ignorate prescripțiile exprese ale art. 184 din Legea nr. 99/2016, ce au în vedere dreptul operatorului economic de a indica măsura în care își poate susține credibilitatea.

Totodată, contestatoarea reclamă că, în etapa de analiză și evaluare a ofertelor, nu i-a fost adresată nicio solicitare de clarificare cu privire la aspectele consemnate în motivele de declarare a ofertei ca neadecvata, comisia de evaluare eliminând oferta fără nicio altă verificare.

În acest sens, contestatoarea invocă practica judiciară, ce a stabilit că și în situația în care există, în mod cert, certificate constatatoare din care rezultă rezilierea contractului din vina unui anumit operator economic, acesta nu poate fi exclus de drept de la o procedură, fără a se realiza minime verificări cu privire la luarea unor măsuri de către operatorul respectiv, de atenuare a efectelor produse prin neglijența sa (Hotărârea nr. 318/13.10.2017, pronunțată în dosarul nr. 635/33/2017

de Tribunalul Cluj; Decizia nr. 3011/29.06.2017, pronunțată în dosarul nr. 3743/2/2017, de Curtea de Apel .....)

Față de cele de mai sus, contestatoarea solicită admiterea cererii așa cum a fost formulată, invocând, în drept, dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. D71/7/1087/11.04....., înregistrată la CNSC sub nr. 14455/11.04....., entitatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea acesteia, ca nefondată.

Procedând la evaluarea DUAE aparținând SC ..... SRL, arată entitatea contractantă, a constatat că aceasta a menționat Da la punctul „Încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile" - partea III - C, art. 57 alin. (4) din Directiva 2014/24/UE, cu descrierea: „Pe rolul Tribunalului ..... se află Dosarul nr. ..../3/2017, având ca obiect suspendarea efectelor certificatelor constatatoare D12/7/208/29.03.2017, D13/4/212/29.03.2017, D13/4/211/29.03.2017, emise de ...., precum și Dosarul nr. ..../3/2017, având ca obiect anularea respectivelor certificate, în prezent competența de soluționare a cauzelor fiind declinată în favoarea Curții de Apel ..... Astfel, până la rămânerea definitivă a unei hotărâri judecătorești cu referire la documentele constatatoare menționate, societatea noastră nu se regăsește în motivul de excludere prevăzut de prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016. Precizăm că respectivele certificate nu au impus daune interese sau alte sancțiuni comparabile".

Totodată, la punctul „Ați luat măsuri pentru a demonstra fiabilitatea dumneavoastră („autocorectare")", contestatoarea descrie: „Am purtat corespondență/tratative pentru continuarea prestării în relația contractuală izvor al certificatelor constatatoare mai sus menționate. Certificatele nu au ca temei încălcarea unor obligații principale, nici repetat și nici în mod grav, rezultate din încheierea unui acord-cadru și nici nu se datorează culpei subscrisei, nefiind întrunite prevederile art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016".

Prin urmare, arată entitatea contractantă, pentru SC ..... SRL, au fost emise Documentele constatatoare identificate sub nr. D13/4/211, nr. D13/4/212 și nr. D12/7/208 din 29.03.2017, privind neîndeplinirea unor obligații contractuale, „abateri de la prevederile art. 2.3 ale acordurilor-cadru, au condus la rezilierea de drept a acestora, în temeiul art. 8.2 lit. a) din acordurile-cadru nr. 10/07.04.2016, nr. 11/07.04.2016 și nr. 12/07.04.2016" și calcularea cuantumului de daune interese.

În acest context, având în vedere prevederile art. 161 alin. (8) din HG nr. 394/2016 și raportat la solicitările fișei de date a achiziției, secțiunea VI.3) Alte informații, potrivit cărora nu se vor admite participanți la procedura de atribuire care dețin document constatator necorespunzător referitor la îndeplinirea și neexecutarea obligațiilor contractuale pentru prestarea activității de salubrizare, entitatea

contractantă a apreciat că situația SC ..... SRL reflectă întrunirea condițiilor (cumulative) de excludere:

- și-a încălcat în mod grav obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unor acorduri-cadru încheiate anterior - SC ..... SRL a refuzat semnarea contractelor subsecvente la solicitarea autorității contractante conform prevederilor art. 2.3 din acordurile-cadru nr. 10/07.04.2016, nr. 11/07.04.2016 și nr. 12/07.04.2016 - ceea ce a condus la neprestarea serviciilor care fac obiectul acordurilor-cadru,

- iar încălcarea în mod grav a obligațiilor principale (refuzul semnării contractelor subsecvente) a condus la încetarea anticipată a respectivelor acorduri-cadru.

Totodată, entitatea contractantă a avut în vedere și Hotărârea Curții de Apel ..... din data de 23.03....., pronunțată în Dosarul nr. ..../3/2017 din 13.03....., prin care această instanță a respins, ca nefondată, cererea de suspendare efectelor certificatelor constatatoare nr. D12/7/208/29.03.2017, nr. D13/4/212/29.03.2017 și nr. D13/4/211/29.03.2017, emise de .....

În aceste condiții, entitatea contractantă a exclus SC ..... SRL din procedura de atribuire în baza dispozițiilor art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016 și a considerat neadecvată oferta acesteia având în vedere prevederile art. 228 alin. (6) din același act normativ.

De asemenea, entitatea contractantă invocă Decizia CNSC nr. 1556/C4/1945 din 23.06.2017 și Decizia CNSC nr. 1723/C4/2062 din 11.07.2017, potrivit căreia Consiliul consideră că „(...) în lipsa unei hotărâri judecătorești definitive, litigiile în curs de soluționare nu sunt suficiente pentru demonstrarea credibilității ofertantului și, prin urmare, raportat la motivarea de mai sus, în mod corect, entitatea a aplicat dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016 și a respins oferta contestatorului ca inacceptabilă". De altfel, arată entitatea contractantă, în Dosarul nr. 6022/2/2017, Curtea de Apel ..... a respins plângerea ca nefondată.

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

..... SA (în calitate de entitate contractantă) a inițiat o procedură, licitație deschisă, în vederea încheierii unui acord-cadru având ca obiect „Salubrizare automotoare și/sau rame electrice la Depoul Brașov (salubrizare în depou)", prin publicarea, în SEAP, la ....., a anunțului de participare nr. ....., precum și a documentației de atribuire aferente.

Considerând nelegală decizia entității contractante de a-i respinge oferta, ca neadecvată (măsură ce i-a fost comunicată prin adresa nr. D71/7/975/27.03.....), SC ..... SRL a înaintat prezenta contestație (după ce a îndeplinit procedura notificării prealabile, stabilită la art. 6 din Legea nr. 101/2016), solicitând anularea măsurii și constatarea admisibilității ofertei sale.

Consiliul constată că disputa părților se datorează excluderii din procedura de atribuire a ofertei contestatoarei, motivată pe existența, în relația dintre acestea, a unor rezilieri de înțelegeri contractuale (acorduri-cadru), ce ar fi imputabile doar contestatoarei, adică o situație de fapt pentru care ar fi aplicabile dispozițiile art. 180 alin. (1) litera g) din Legea nr. 99/2016:

(1) Entitatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situaţii: [...]

g) operatorul economic şi-a încălcat în mod grav sau repetat obligaţiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziţii publice, al unui contract 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 sancţiuni comparabile.

Consiliul reține că autoarea contestației a precizat, în cuprinsul DUAE înaintat odată cu oferta, despre existența documentelor (”certificatelor”) constatatoare care semnalează încălcarea obligațiilor contractuale, în sensul că a încercat să continue derularea contractelor reziliate. Astfel, în secțiunea „Ați luat măsuri pentru a demonstra fiabilitatea dumneavoastră („autocorectare”)”, contestatoarea a descris situația de fapt: „Am purtat corespondență/tratative pentru continuarea prestării în relația contractuală izvor al certificatelor constatatoare mai sus menționate. Certificatele nu au ca temei încălcarea unor obligații principale, nici repetat și nici în mod grav, rezultate din încheierea unui acord-cadru și nici nu se datorează culpei subscrisei, nefiind întrunite prevederile art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016”.

Prin urmare, Consiliul constată că, în fapt, contestatoarea neagă culpa sa în rezilierea acordurilor-cadru care a determinat entitatea contractantă să emită actele constatatoare (nr. D13/4/211/29.03.2017, nr. D13/4/212/29.03.2017 și nr. D12/7/208/29.03.2017), dar nu procură dovezi legate de demersurile sale pentru a continua executarea respectivelor contracte. Astfel, actele de constatare a încălcării obligațiilor contractuale, ce ar fi atacate de contestatoare, se bucură, la acest moment, de o prezumție de legalitate.

Or, în analiza modului de evaluare a situației ofertantului-contestatoare, Consiliul constată că autoritatea contractantă (prin comisia de evaluare) a avut suficiente indicii să aprecieze asupra aplicabilității dispozițiilor legale evocate, întrucât actele constatatoare au fost emise chiar de actualul achizitor, în considerarea acelor „abateri de la prevederile art. 2.3 ale acordurilor-cadru, au condus la rezilierea de drept a acestora, în temeiul art. 8.2 lit. a) din acordurile-cadru nr. 10/07.04.2016, nr. 11/07.04.2016 și nr. 12/07.04.2016”.

Prin urmare, contrar susținerilor contestatoarei, comisia de evaluare a făcut o analiză în raport cu situația concretă, adică, constatând existența unor încălcări ale obligațiilor contractuale în precedent, nemaifiind necesare verificări suplimentare ale condițiilor în care au fost emise documentele constatatoare de interes (documentele aparținând aceluiași achizitor).

Mai mult, Consiliul are în vedere și faptul că nu este necesară o conduită necorespunzătoare constantă a unui ofertant, pentru a fi dispusă sancțiunea excluderii sale, așa cum pretinde contestatoarea. Conform textului de lege evocat, este suficientă încălcarea obligațiilor dintr-un singur contract, pentru a se da valoare regulii de participare de interes. În fapt, nu este analizată credibilitatea în ansamblu a unui operator economic, la momentul participării sale într-o procedură, ci este analizată credibilitatea lui (stabilită de achizitor) pentru derularea viitorului contract de achiziție publică, atunci când ar exista informații legate de încălcarea unor obligații contractuale în precedent.

În cauză, autoritatea contractantă nu a avut ”îndoieli serioase” cu privire la credibilitatea contestatoarei, pentru a-i fi aplicabile acesteia din urmă dispozițiile alin. (6) al aceluiași art. 180 din Lege: *În sensul dispoziţiilor alin. (1) lit. g), se consideră încălcări grave ale obligaţiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea obligaţiilor privind livrarea produselor sau serviciilor, ori neexecutarea lucrărilor, livrarea unor produse sau servicii care prezintă neconformităţi majore care le fac improprii utilizării conform destinaţiei avute în vedere de entitatea contractantă, ori executarea unor lucrări care nu respectă cerinţele caietului de sarcini, sau un comportament necorespunzător care creează îndoieli serioase cu privire la credibilitatea operatorului economic.*

Dimpotrivă, autoritatea contractantă a avut certitudinea că actele constatatoare negative au reflectat comportamente necorespunzătoare ale actualei contestatoare.

Or, o conduită a achizitorului precum cea reclamată de contestatoare ar fi echivalat cu o achiesare la criticile aduse chiar actelor constatatoare atacate, adică ar fi pus la îndoială chiar aprecierea obiectivă asupra legitimității emiterii lor. Aceste aspecte, însă, urmează a fi elucidate de instanța competentă, conform dovezilor prezentate de părți, simpla existență a conflictului dintre ele nefiind de natură a invalida măsura de excludere din actuala procedură de atribuire.

Pentru aceste motive, Consiliul va respinge contestația, ca nefondată, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge contestația SC ..... SRL, formulată în contradictoriu cu ..... SA, privind excluderea din procedura inițiată cu anunț de participare nr. ...../....., ca nefondată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

.... **....** **....**

....