



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

DECIZIE

Nr.
Data:

Prin contestația nr., înregistrată la CNSC sub nr. ..., formulată de ..., în calitate de lider al asocierii ... - ..., cu sediul în ..., împotriva raportului procedurii nr. ... și a comunicării nr. ..., emise de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ..., în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect ..., s-au solicitat următoarele:

- I. Admiterea prezentei contestații, astfel cum a fost formulată;
- II. Anularea comunicării privind rezultatul procedurii nr. ... și a raportul procedurii nr. ..., precum și a tuturor actelor subsecvente acestora, în măsura în care privesc declararea ofertei asocierii ... ca inacceptabilă și, subsecvent, decizia de anulare a procedurii de atribuire;
- III. Constatarea faptului că declararea ofertei asocierii ... ca inacceptabilă, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g), coroborat cu art. 171 și cu art. 169 din Legea nr. 98/2016, este nelegală;
- IV. Obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire de la etapa evaluării financiare, cu menținerea caracterului admisibil, atât din punct de vedere tehnic, cât și financiar, al ofertei asocierii ..., și la continuarea procedurii până la finalizarea acesteia;
- V. Obligarea autorității contractante la adoptarea tuturor măsurilor necesare restabilirii legalității procedurii de atribuire, cu respectarea obligațiilor ce îi revin în temeiul Legii nr. 98/2016, Legii nr. 101/2016 și al principiilor achizițiilor publice.

Cu titlu prealabil, accesul la dosarul achiziției, în considerarea art. 19 din Legea 101/2016.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față prin care ... critică raportul procedurii nr. ... și comunicarea nr. ..., emise de ..., în calitate de autoritate contractantă, solicitând cele ante-menționate.

În motivarea contestației, contestatorul prezintă un scurt istoric cu privire la modul de desfășurare a procedurii de atribuire, precizând prin raportul procedurii nr. ... și comunicarea nr. ... i s-a adus la cunoștință faptul că oferta sa a fost declarată inacceptabilă la etapa evaluării financiare, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, cu consecința anulării în întregime a procedurii de atribuire, în temeiul art. 212 alin. (1) lit. a) din același act normativ.

Față de acest aspect, contestatorul învederează că motivul de excludere reținut de autoritatea contractantă este acela că asocierea s-ar face vinovată de „abateri grave, persistente și repetate în executarea obligațiilor contractuale, evidențiate, potrivit raportului procedurii, prin 2 documente constatatoare intermediare emise de Municipiul ... și un document constatator emis de Compania Națională de Investiții SA, în condițiile în care explicațiile și măsurile de remediere prezentate de asociere, în temeiul art. 171 din Legea nr. 98/2016, nu ar fi, în opinia comisiei de evaluare, de natură să demonstreze fiabilitatea acesteia.

Totodată, apreciază decizia autorității ca fiind vădit nelegală, întrucât niciunul dintre documentele invocate de aceasta nu este apt să susțină interpretarea reținută de comisia de evaluare: (i) documentele constatatoare emise de Municipiul ... sunt calificate chiar de autoritatea emitentă drept documente constatatoare intermediare, care „prin natura lor nu consemnează încălcări grave ale dispozițiilor contractuale”; (ii) contractul cu Municipiul ... nu a încetat anticipat, ci a fost prelungit, lucrările au fost finalizate și recepția notificată; (iv) penalitățile indicate de Municipiul ... nu au caracter cert, lichid și exigibil; (v) penalitățile pretinse de C.N.I. sunt, la rândul lor, nedatorate, întârzierea reținută fiindu-i imputabilă exclusiv achizitorului, iar pretenția C.N.I. la plata sumei de ... lei a fost deja respinsă ca neîntemeiată prin Hotărârea nr. ..., pronunțată în dosarul nr. ..., documentul constatator aferent făcând, la rândul său, obiectul dosarului nr.

Condiția impusă cumulativ de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 - ca încălcarea invocată să fi „dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile” - nu este îndeplinită în privința niciunuia dintre cele două raporturi contractuale avute în vedere de autoritatea contractantă.

Autoritatea contractantă a mai reținut existența a două dosare penale aflate pe rolul Tribunalului ..., în care ... are calitatea de inculpat.

Contestatorul subliniază că ambele dosare se află însă în stadiul camerei preliminare, anterior judecății pe fond, nefiind pronunțată nicio hotărâre - cu atât mai puțin una definitivă de condamnare. Utilizarea unor acuzații aflate în faza incipientă a procesului penal drept temei al constatării unor „abateri grave” imputabile asocierii încalcă prezumția de nevinovăție și excede cadrului de aplicare al art. 167 alin. (1) lit. g), normă care privește conduita contractuală dovedită, iar nu simpla existență pendinte a unei acuzații penale.

Motivarea prin care autoritatea contractantă a înlăturat măsurile de remediere prezentate de asociere, în temeiul art. 171 din Legea nr. 98/2016 este, la rândul ei, pur formală și generică, limitându-se la afirmația că explicațiile și măsurile „nu înlătură concluziile rezultate din informațiile analizate” și „nu oferă garanții suficiente”, fără nicio raportare concretă la conținutul dovezilor prezentate de asociere (achitarea integrală a amenzilor, clarificarea completă a situației de fapt, numirea unui specialist în planificarea, controlul și raportarea performanței, derularea concomitentă, în condiții corespunzătoare, a șapte contracte publice). O asemenea motivare sumară nu satisface standardul de analiză individualizată impus de art. 171.

De asemenea, contestatorul precizează că nelegalitatea excluderii asocierii ... este agravată de încălcarea principiului egalității de tratament consacrat de art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016. Autoritatea contractantă a supus asocierea ... unei investigații ample, consemnată prin Procesul-verbal nr. ... (SEAP, portalul Direcției Naționale Anticorupție, portalul instanțelor de judecată) și materializată în solicitări de clarificări detaliate privind fiecare document constatat și fiecare dosar penal (adresa nr. ...). Un asemenea standard de diligență nu a fost aplicat, în condiții comparabile, asocierii ... atunci când aceasta a ocupat, la rândul său, poziția de ofertant clasat pe primul loc și a fost declarată ofertă câștigătoare prin raportul procedurii nr. Aplicarea unui tratament diferențiat, exclusiv asocierii ... demonstrează că marja de apreciere recunoscută de art. 167 din Legea nr. 98/2016 nu a fost exercitată pe criterii obiective, ci modulată după identitatea ofertantului verificat — împrejurare care se coroborează cu caracterul disproporționat al excluderii și confirmă nelegalitatea rezultatului procedurii.

Excluderea asocierii ... este cu atât mai disproporționată cu cât are drept consecință directă anularea unei proceduri de atribuire de peste 348 de milioane de lei fără T. V. A., având ca obiect construirea unui spital public, în condițiile în care oferta era, la momentul excluderii, singura ofertă rămasă în competiție susceptibilă să conducă la finalizarea achiziției, fiabilă tehnic și financiar avantajoasă. Continuarea legală a procedurii, cu menținerea ofertei asocierii ..., ar fi permis finalizarea achiziției publice, în interesul public pe care autoritatea contractantă are obligația să îl protejeze.

Față de cele de mai sus, contestatorul solicită Consiliului anularea comunicării privind rezultatul procedurii și a raportului procedurii, în

măsura în care privesc excluderea sa și anularea subsecventă a procedurii de atribuire, precum și obligarea autorității contractante la reluarea evaluării, cu menținerea caracterului admisibil al ofertei

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere comunicat prin adresa nr. ..., înregistrat la CNSC sub nr. ..., ... precizează următoarele:

Întreaga contestație formulată de ... este neîntemeiată, fiind construită pe o serie de premise factuale eronate, interpretări selective ale dispozițiilor legale și o încercare de substituie a aprecierii autorității contractante cu propria evaluare subiectivă asupra situației suie.

Contestatorul încearcă în mod constant să prezinte măsura excluderii sale ca fiind rezultatul unei abordări excesive, disproporționate sau discriminatorii a comisiei de evaluare, însă această susținere este infirmată de documentele procedurii și de analiza efectiv realizată de autoritatea contractantă.

Comisia de evaluare nu a aplicat un standard diferit contestatorului și nu a urmărit identificarea artificială a unor motive de excludere, ci a procedat la o verificare obiectivă, individualizată și conformă cu dispozițiile Legii nr. 98/2016, după ce a luat cunoștință de existența unor documente constatatoare negative emise de autorități contractante diferite, care reflectau deficiențe semnificative în executarea unor contracte de achiziție publică anterioare.

Analiza efectuată nu a avut ca fundament existența unor dosare penale nesoluționate și nu a condus la excluderea contestatoarei în temeiul art. 164 din Legea nr. 98/2016. Dimpotrivă, autoritatea contractantă a respectat pe deplin principiul prezumției de nevinovăție și a separat în mod corect analiza acestor aspecte de evaluarea fiabilității profesionale a operatorului economic, realizată în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) și art. 171 din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, contestatorul încearcă în mod nejustificat să își atribuie calitatea de ofertant clasat pe locul I, deși această poziție procedurală nu a fost niciodată dobândită în sens juridic, întrucât oferta sa nu a parcurs cu succes toate etapele obligatorii ale evaluării, respectiv verificarea admisibilității și aplicarea criteriului de atribuire exclusiv asupra ofertelor declarate admisibile.

Totodată, comparația realizată cu situația altor ofertanți, inclusiv cu asocierea având ca lider ... SRL este lipsită de relevanță juridică, întrucât contestatorul pune în paralel situații factuale și juridice diferite. În cazul acesteia, autoritatea contractantă a analizat deficiențe contractuale dovedite prin documente constatatoare emise de beneficiarii contractelor, în timp ce situațiile juridice nesoluționate definitiv au fost analizate distinct, fără aplicarea automată a unui motiv de excludere.

În ceea ce privește măsurile de remediere invocate, autoritatea contractantă învederează că a realizat analiza prevăzută de art. 171 din Legea nr. 98/2016, raportându-se la gravitatea și persistența deficiențelor constatate. Simpla desemnare a unui specialist în planificare, control și

raportarea performanței, plata unor sancțiuni contravenționale sau formularea unor apărări privind lipsa culpei contractuale nu pot conduce automat la restabilirea încrederii, în condițiile în care deficiențele constatate au avut o durată semnificativă, au fost repetate și au generat riscuri concrete pentru beneficiarii contractelor anterioare.

În acest context, autoritatea contractantă afirmă că nu a încălcat principiul proporționalității și nu și-a exercitat în mod excesiv dreptul de apreciere. Tocmai valoarea și importanța obiectivului care face obiectul prezentei proceduri au impus o analiză riguroasă a capacității reale a operatorului economic de a executa contractul în condiții corespunzătoare, interesul public major al investiției nu poate constitui un argument pentru acceptarea unui operator economic care nu a demonstrat restabilirea fiabilității sale profesionale, întrucât scopul procedurii de atribuire nu este doar finalizarea formală a unei achiziții, ci încheierea unui contract cu un partener contractual de încredere.

Criticile referitoare la accesul la dosarul achiziției sunt neîntemeiate, întrucât autoritatea contractantă a asigurat contestatoarei accesul la toate documentele relevante pentru exercitarea dreptului de contestare, protejând în același timp informațiile declarate și justificate ca fiind confidențiale de către ceilalți participanți la procedură, în conformitate cu art. 57 din Legea nr. 98/2016. Dreptul de acces la dosar nu poate fi interpretat ca un drept absolut de a obține toate informațiile comerciale sau tehnice aparținând altor operatori economici.

Prin urmare, criticile formulate de contestator nu evidențiază existența vreunei încălcări a legislației achizițiilor publice, ci urmăresc în fapt înlocuirea analizei obiective realizate de comisia de evaluare cu propria interpretare favorabilă a situației sale.

Autoritatea contractantă apreciază că a acționat cu respectarea principiilor transparenței, tratamentului egal, proporționalității și responsabilității administrative, efectuând o analiză completă și individualizată a situației operatorului economic. Decizia adoptată nu reprezintă o sancționare automată sau disproportională, ci rezultatul exercitării obligației legale de a selecta un operator economic care prezintă garanții reale privind integritatea, fiabilitatea și capacitatea de executare corespunzătoare a viitorului contract.

Întreaga procedură de atribuire a făcut obiectul verificării ex ante realizate de Agenția Națională pentru Achiziții Publice, în conformitate cu atribuțiile legale conferite acestei instituții. Astfel, toate etapele relevante ale procedurii de atribuire, inclusiv documentele întocmite de comisia de evaluare în cadrul procesului de analiză și evaluare, au fost supuse controlului ex ante al ANAP, pentru acestea fiind emise avize conforme necondiționate.

Aceste documente au fost puse la dispoziția contestatorului cu ocazia exercitării dreptului de acces la dosarul achiziției publice, aceasta având posibilitatea efectivă de a verifica modul în care autoritatea contractantă a aplicat dispozițiile legale și a fundamentat deciziile adoptate.

Existența avizelor conform necondiționate emise de ANAP nu exonerează autoritatea contractantă de obligația de a realiza propria evaluare și nici nu transferă responsabilitatea decizională către organul de control ex ante, însă reprezintă un element obiectiv care confirmă faptul că documentele procedurii au fost întocmite cu respectarea cadrului legal aplicabil și că modul de desfășurare a etapelor de evaluare nu a evidențiat încălcări ale legislației achizițiilor publice.

Prin urmare, organizatoarea procedurii subliniază că susținerile contestatorului privind existența unei pretinse conduite arbitrare, a unei analize insuficient fundamentate sau a unui standard disproportionat aplicat de comisia de evaluare sunt contrazise nu doar de conținutul documentelor procedurii, ci și de verificarea ex ante efectuată de autoritatea competentă în domeniu.

În aceste condiții, apreciază că, contestatorul nu poate transforma propria nemulțumire față de rezultatul evaluării într-o pretinsă încălcare a legislației achizițiilor publice, cât timp deciziile autorității contractante au fost fundamentate pe documente obiective, au respectat cadrul legal aplicabil și au trecut prin filtrul verificării ex ante realizate de ANAP.

În concluzie, ... solicită Consiliului respingerea contestației formulată de ... ca nefondată și lipsită de temei legal.

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

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Urmare a studierii documentelor aflate la dosarul cauzei, ... a depus Notele scrise nr., în cuprinsul cărora subliniază că prezintă argumente menite să combată susținerile

... a constituit cauțiunea în quantum de ...

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect

Valoarea totală estimată a achiziției este de lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este *cel mai bun raport calitate-preț*.

Au fost primite în cadrul procedurii 5 oferte, în urma evaluării cărora a fost emis raportul procedurii nr. ..., prin care a fost desemnată câștigătoare oferta depusă de

Nemulțumit de acest rezultat al procedurii, ... a depus contestația care a format obiectul dosarului nr. ..., soluționat prin Decizia CNSC nr. ..., în sensul admiterii ei cu consecința reevaluării ofertei PORR.

Decizia Consiliului a fost atacată cu plângere de autoritatea contractantă și PORR, soluționate de Curtea de Apel ..., prin Hotărârea nr. ... în sensul respingerii lor.

Continuând procedura, autoritatea contractantă a emis raportul procedurii nr. ..., în care a consemnat respingerea ofertei ... și anularea procedurii de atribuire.

Împotriva rezultatului procedurii astfel stabilit, ... a depus contestația de față, prin care critică decizia de respingere a ofertei sale și, subsecvent, decizia de anulare a procedurii.

În soluționare, Consiliul ia act că, potrivit raportului procedurii nr. ... și comunicării rezultatului procedurii, singurul motiv de respingere, ca inacceptabilă, a oferta ... și a cărei legalitate va fi analizată în cele ce urmează, constă în reținerea incidenței art. 167 alin. (1) lit. g) coroborat cu art. 171 și art. 169 din Legea nr. 98/2016, motivată de: ***existența unor abateri grave, persistente și repetate** în executarea obligațiilor contractuale, evidențiate prin documentele constatatoare emise de Municipiul ... și Compania Națională de Investiții SA. Explicațiile și măsurile prezentate în temeiul art. 171 din Legea nr. 98/2016 nu sunt de natură să demonstreze fiabilitatea operatorului economic, întrucât nu înlătură concluziile rezultate din informațiile analizate și nu oferă garanții suficiente privind executarea corespunzătoare a viitorului contract.*

Pentru a decide astfel, după cum apare consemnat în procesul-verbal nr. 18, înregistrat sub nr., comisia de evaluare a avut în vedere:

1. documentele constatatoare intermediare nr. și nr. ... în vederea creșterii atractivității și accesibilității deplasărilor cu transportul public cu bicicleta și pietonale” încheiat cu asocieria, în care apare menționată o executare necorespunzătoare a contractului constând în întârzieri repetate care au condus la calculul unor penalități de întârziere.

2. documentul constatator nr. emis de în care apare consemnată o executare necorespunzătoare a contractului constând în depășirea termenului contractual de finalizare a serviciilor de proiectare care au condus la calculul de penalități de întârziere, în urma analizei căroră, coroborată cu analiza celor comunicate de beneficiarii Municipiul ... și ... dar și de ..., urmare a corespondenței purtate cu aceștia, a concluzionat asupra existenței unor **abateri repetate** în executarea obligațiilor contractuale care au condus la calculul de penalități de întârziere, considerând că ... se încadrează în cazul de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, potrivit aceluiași proces-verbal, comisia de evaluare a analizat măsurile de fiabilitate adoptate de ... considerându-le insuficiente pentru evitarea repetării unor situații similare.

Contestatorul nu combate existența documentelor constatatoare identificate de comisia de evaluare însă susține că nu se încadrează în cazul de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 deoarece nu este îndeplinită niciuna dintre condițiile cumulative prevăzute de acest text, dar și că simpla existență a documentelor constatatoare nu este suficientă, fiind necesară o verificare din partea comisiei de evaluare, obligație de care aceasta nu s-ar fi achitat.

Consiliul nu achiesează opiniei contestatorului, din următoarele considerente:

Astfel, relevante cauzei sunt dispozițiile art. 57 alin. (4) din Directiva 24/2014 privind achizițiile publice, conform cărora autoritățile contractante pot exclude sau statele membre pot solicita acestora să excludă de la participarea la o procedură de achiziție publică orice operator economic aflat în următoarea situație:

g) dacă operatorul economic a dat dovadă de deficiențe semnificative sau persistente la îndeplinirea unei cerințe de fond prevăzute de un contract de achiziții publice anterior, de un contract anterior încheiat cu o entitate contractantă sau de un contract de concesiune anterior care au dus la încetarea anticipată a respectivului contract anterior, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

În preambulul Directivei 24/2014, paragraful 101, se prevede că:

(...) Ținând seama de faptul că autoritatea contractantă va fi responsabilă pentru consecințele eventualei sale decizii eronate, autoritățile contractante ar trebui, de asemenea, să dispună în continuare de libertatea de a considera că a existat o abatere profesională gravă, în cazul în care, înainte de luarea unei decizii finale și obligatorii privind prezența motivelor obligatorii de excludere, pot demonstra, prin orice mijloace adecvate, că operatorul economic a încălcat obligațiile care îi revin, inclusiv obligațiile legale de plată impozitelor sau a contribuțiilor la asigurări sociale, cu excepția unor dispoziții contrare dreptului intern. Aceasta ar trebui, de asemenea, să fie în măsură să excludă candidați sau ofertanți a căror performanță în alte contracte de achiziții publice din trecut a arăta deficiențe majore în ceea ce privește cerințele de fond, de exemplu, nerespectarea obligației de furniza sau de a executa, deficiențe semnificative ale produsului sau ale serviciului furnizat, ceea ce le face inutilizabile pentru scopul propus, sau un comportament necorespunzător care aruncă îndoieli serioase cu privire la fiabilitatea operatorului economic. Legislația ar trebui să prevadă o durată maximă pentru acest excluderi.

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.

Dispozițiile Directivei 24/2014 au fost transpuse în legislația română prin Legea nr. 98/2016, iar motivele de excludere sunt prevăzute începând cu art. 164 din lege. Consiliul a redat în cele de mai sus (art. 57 alin. (4) din Directivă) motivul de excludere facultativă, lăsat la aprecierea autorității contractante, în situația în care ofertantul se află în cazul prevăzut la lit. g). În legislația română transpusă se prevăd motivele de excludere prevăzute în Directivă, însă terminologia folosită *autoritatea contractantă exclude...* conduce la concluzia că intenția legiuitorului a fost ca toate motivele să fie obligatorii. O astfel de reglementare este prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

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

g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au

duș la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile;

Cu referire la caracterul obligatoriu/facultativ al motivelor de excludere dintr-o procedură de achiziție publică, în cauza C-395/18, CJUE statuează următoarele aspecte incidente și în prezenta cauză:

- 34 Reiese din jurisprudența Curții că articolul 57 alineatul (7) din Directiva 2014/24 nu are în vedere o uniformizare la nivelul Uniunii a aplicării motivelor de excludere pe care le prevede, în măsura în care statele membre au posibilitatea de a nu aplica aceste motive sau de a le integra în legislația națională cu un grad de rigurozitate care ar putea varia de la caz la caz, în funcție de considerente de natură juridică, economică sau socială care prevalează la nivel național. Statele membre dispun, așadar, de o putere de apreciere certă în stabilirea condițiilor de aplicare a motivelor facultative de excludere prevăzute la articolul 57 alineatul (4) din Directiva 2014/24 (a se vedea prin analogie Hotărârea din 20 decembrie 2017, *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani și Guerrato*, C-178/16, EU:C:2017:1000, punctele 31 și 32).
- 41 Această interpretare este confirmată, în al doilea rând, de obiectivul care stă la baza articolului 57 alineatul (4) din Directiva 2014/24. În această privință, trebuie amintit că posibilitatea sau chiar obligația autorității contractante de a exclude un operator economic de la participarea la o procedură de achiziții publice este menită în mod special să îi permită acestuia să aprecieze integritatea și fiabilitatea fiecăruia dintre operatorii economici. În special, motivul facultativ de excludere menționat la articolul 57 alineatul (4) litera (a) din Directiva 2014/24 coroborat cu considerentul (101) al acestei directive are la bază un element esențial al relației dintre ofertantul câștigător și autoritatea contractantă, și anume fiabilitatea primului, pe care se întemeiază încrederea acordată acestuia de cel de al doilea (a se vedea prin analogie Hotărârea din 3 octombrie 2019, *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93*, C-267/18, EU:C:2019:826, punctul 26 și jurisprudența citată).
- 44 În aceste condiții, trebuie amintit, astfel cum se arată la punctul 33 din prezenta hotărâre, că statele membre, atunci când precizează condițiile de aplicare a articolului 57 din Directiva 2014/24, trebuie, în temeiul alineatului (7) al acestui articol, să respecte dreptul Uniunii.
- 48 În ceea ce privește, în al doilea rând, principiul proporționalității, trebuie amintit, pe lângă jurisprudența menționată la punctul 45 din prezenta hotărâre, că din considerentul (101) al treilea paragraf al Directivei 2014/24 reiese că, atunci când aplică motive facultative de excludere, precum cel care figurează la articolul 57 alineatul (4) litera (a) din această directivă, autoritățile contractante trebuie să fie atente în mod special la principiul proporționalității, luând în considerare, printre altele, caracterul minor al neregulilor săvârșite sau repetarea unor nereguli minore. Această atenție trebuie să fie chiar mai mare atunci când excluderea prevăzută de reglementarea națională se aplică operatorului economic care a depus oferta pentru o încălcare săvârșită nu în mod direct de acesta, ci de o persoană fără legătură cu întreprinderea sa, pentru controlul căreia este posibil să nu dispună de toată autoritatea necesară și de toate mijloacele necesare

- 53 În aceste condiții, o reglementare națională care prevede o asemenea excludere automată a operatorului economic care a depus oferta încalcă principiul proporționalității, întrucât impune autorităților contractante să efectueze în mod automat această excludere ca urmare a încălcării din partea unui subcontractant și depășește astfel marja de apreciere de care dispun statele membre, în temeiul articolului 57 alineatul (7) din Directiva 2014/24, cu privire la precizarea condițiilor de aplicare a motivului de excludere prevăzut la articolul 57 alineatul (4) litera (a) din această directivă cu respectarea dreptului Uniunii. O astfel de reglementare privează de asemenea operatorul economic de posibilitatea de a demonstra, în conformitate cu articolul 57 alineatul (6) din Directiva 2014/24, fiabilitatea sa în pofida existenței unei încălcări de către unul dintre subcontractanții săi (a se vedea prin analogie Hotărârea din 19 mai 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, punctul 30, Hotărârea din 13 decembrie 2012, Forposta și ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, punctele 34 și 35, precum și Hotărârea din 26 septembrie 2019, Vitali, C-63/18, EU:C:2019:787, punctele 40 și 41).
- 54 Prin urmare, o excludere automată a operatorului economic care a depus oferta, prevăzută de reglementarea națională, prin faptul că privează, pe de o parte, acest operator de posibilitatea de a prezenta elemente detaliate cu privire la situație și, pe de altă parte, autoritatea contractantă de a dispune de o marjă de apreciere în această privință, nu poate fi considerată compatibilă cu articolul 57 alineatele (4) și (6) din Directiva 2014/24 și cu principiul proporționalității (a se vedea prin analogie Hotărârea din 26 septembrie 2019, Vitali, C-63/18, EU:C:2019:787, punctele 42 și 43).

Așadar, având în vedere interpretarea dată de CJUE reglementărilor legislațiile naționale cu privire la motivele obligatorii de excludere, s-a reținut că, și în acest cazuri aplicând principiul proporționalității, se recunoaște autorității contractante dreptul de a dispune de o marjă de apreciere în excluderea contractantului.

Pentru a ne afla în ipoteza cazului de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, trebuie îndeplinite următoarele condiții cumulative:

1. încălcarea de către ofertant, *în mod grav sau repetat*, a obligațiilor principale din contract.

Textul legal prevede alternativ încălcarea gravă sau încălcarea repetată a obligațiilor principale din contract, fără a defini aceste noțiuni.

În ceea ce privește încălcarea gravă a obligațiilor principale din contract, legea enumeră exemplificativ câteva situații de excludere la art. 167 alin. (8) din lege, potrivit cărora se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinație prevăzute de contract.

Privitor la încălcarea repetată a obligațiilor contractuale, Legea nr. 98/2016 nu conține prevederi exprese nici cu privire la definirea noțiunii, nici referitor la exemplele ce s-ar încadra în această noțiune. În lipsa acestor prevederi, Consiliul va avea în vedere sensul comun al termenului *repetat*, dar și principiile care guvernează achizițiile publice. Unul dintre aceste principii este principiul proporționalității, reglementat de art. 2 alin.

(2) lit. e) din Legea nr. 98/2016 și recunoscut de pct. 1 al Preambulului Directivei 24/2014 privind achizițiile publice. Consiliul va avea în vedere explicațiile furnizate în Preambulul Directivei 24/2014 paragraful 101, dar și statuările din cauza C-395/18.

Cu atât mai mult în situația încălcărilor repetate a obligațiilor contractuale, cu privire la care legislația națională nu oferă alte detalii, Consiliul apreciază că interpretarea acestor dispoziții trebuie să ia în considerare principiul proporționalității.

În consecință, Consiliul consideră ca fiind obligatorie aplicarea principiului proporționalității în aprecierea de către autoritatea contractantă asupra unei situații ca fiind caz de excludere atunci când operatorul economic și-a încălcat în mod repetat obligațiile contractuale principale.

Această concluzie este sprijinită și de dispozițiile exprese ale art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016, potrivit căroră Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege.

Cu alte cuvinte, interpretând dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, prin prisma principiului proporționalității și a prevederilor referitoare la documentele constatatoare din HG nr. 395/2016 citate mai sus, Consiliul reține că autoritatea contractantă are marja de apreciere în stabilirea caracterului repetat al nerespectării obligațiilor principale dintr-un contract anterior.

Aplicând acest raționament în cauza de față, Consiliul are de analizat atât sensul termenului *repetat*, cât și înțelesul noțiunii *obligații principale*.

Referitor la definirea termenului *repetat*, în lipsa unor prevederi exprese în Legea nr. 98/2016, se va avea în vedere sensul comun al termenului astfel cum apare acesta cuprins în DEX, și anume *care este supus sau făcut încă o dată (sau de mai multe ori)*. În consecință, s-ar putea reține că încălcarea de cel puțin două ori a obligațiilor principale se încadrează în ipoteza legală a textului art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016. Cu toate acestea, aplicarea principiului proporționalității reclamă analiza întregului ansamblu factual și aprecierea de către autoritatea contractantă de la caz la caz a fiecărei situații, iar nu excluderea automată a operatorului economic atunci când se constată două încălcări ale obligațiilor principale.

În situația de fapt analizată în cauză, autoritatea contractantă a reținut două încălcări ale obligațiilor principale care decurg din două documente constatatoare intermediare emise în derularea contractului având ca obiect *Proiectare și execuție lucrări pentru proiectul „Resistematizarea infrastructurii de transport la nivelul municipiului ... în vederea creșterii atractivității și accesibilității deplasărilor cu transportul public cu bicicleta și pietonale”* – contract de lucrări nr., emise de Municipiul ..., și o încălcare a obligațiilor principale care decurge din

documentul constatator final emis cu privire la executarea contractului având ca obiect

Contrar opiniei contestatorului, Consiliul reține că documentele constatatoare intermediare, și nu doar cele finale, au aptitudinea de a conduce la excluderea unui operator economic atunci când constatările privesc încălcări grave sau repetate ale obligațiilor principale din contract. În acest sens, Consiliul reține că legislația română a reglementat aceste documente constatatoare intermediare prin introducerea alin. (5²) al art. 166 din HG nr. 395/2016, prin HG nr. 375/2022: Prin excepție de la termenele prevăzute la art. 166 alin. (1) lit. a)-e), autoritatea contractantă are dreptul de a emite documente constatatoare și pe perioada derulării contractului, la fiecare 90 de zile de la momentul semnării contractului, în cadrul cărora vor fi consemnate cel puțin stadiul contractului și, dacă este cazul, eventualele întârzieri/deficiențe în implementarea contractului, precum și eventualele daune cauzate din culpa contractantului.

Art. 166 din HG. nr. 395/2016 nu face distincție între cele două documente: finale și intermediare, în ceea ce privește efectele juridice. Cu toate acestea, schimbarea situației de fapt consemnate într-un astfel de document, după expirarea celor 90 de zile pentru care a fost emis, va avea implicații asupra aprecierii gravității încălcării, în cadrul exercitării marjei de apreciere recunoscută autorității contractante în aplicarea principiului proporționalității, astfel cum va fi arăta în cele ce urmează.

Primul dintre aceste documente este Documentul constatator nr., în care s-au consemnat prejudicii aduse beneficiarului, Municipiul ..., constând în penalități de întârziere:

- pentru execuția lucrărilor, calculate conform subclauzei din contract, în cuantum de ... lei;

- pentru transmiterea Programului de execuție cu o întârziere de ca urmare a nerespectării termenelor contractuale pentru serviciile de proiectare și asistență tehnică respectiv execuție lucrări.

Cel de al doilea document este Documentul constatator nr., în care s-au consemnat prejudicii aduse beneficiarului, Municipiul ..., constând în penalități de întârziere, pentru transmiterea Programului de execuție cu o întârziere cu încă ... de zile, în valoare de lei, totalul penalităților de întârziere fiind următorul:

- pentru execuția lucrărilor, calculate conform subclauzei 36.4 din contract, în cuantum de lei;

- pentru transmiterea Programului de execuție cu o întârziere de ... zile, calculate conform subclauzei 17.6 din contract, în cuantum de ... lei.

... nu a achitat penalitățile menționate iar, conform explicațiile prezentate la interpelarea comisiei de evaluare, a înțeles să formuleze acțiuni în instanță pentru suspendarea și anularea efectelor documentelor constatatoare.

Așadar, la data evaluării ... nu a prezentat comisiei de evaluare vreo hotărâre a instanței de judecată prin care să se fi dispus cel puțin suspendarea efectelor celor două documente constatatoare ci doar a prezentat informații legate de stadiul procesual al soluționării acțiunilor

sale și argumente pentru care, în opinia sa, respectivele documente nu prezintă relevanță în evaluare

Argumentele ..., reluate de acesta și în conținutul contestației de față, nu pot fi reținute, după cum corect a stabilit și autoritatea contractantă, deoarece efectele documentelor constatatoare nu au fost suspendate de instanța de judecată competentă. Documentele constatatoare sunt în ființă și se bucură de prezumția de legalitate până la proba contrarie, astfel că nu pot fi nesocotite așa cu dorește ... SRL.

Mai arată Consiliul că stabilirea răspunderii în cadrul contractelor arătate nu este de competența organismului administrativ-jurisdicțional ci al instanței de judecată în cadrul acțiunilor în anulare promovate de

Cel de al treilea document este Documentul constator nr. .., în care s-au consemnat prejudicii aduse beneficiarului, ..., constând în penalități de întârziere pentru depășirea termenului contractual de finalizare a serviciilor de proiectare cu ... de zile, în valoare totală de ... lei.

Acest document constator se află în aceeași situație cu cele anterioare, respectiv formează obiectul unei acțiuni în anulare iar efectele sale nu se aflau suspendate la data evaluării ofertelor.

Consiliul observă, contrar opiniei contestatorului, că situația fiecărui document constator a fost analizată de comisia de evaluare în cadrul procesului – verbal nr. 18, înregistrat sub nr. ..., înscris din care rezultă că analiza nu a fost limitată la cele înscrise în documentele constatatoare, ci comisia de evaluare a purtat inclusiv o corespondență cu emitenții documentelor constatatoare, care au furnizat răspunsul nr.

Concluzionând, comisia de evaluare a reținut că întârzierile relevate de cele 3 documente constatatoare se circumscriu categoriei *încălcări repetate* la care face referire cazul de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Aprecierea comisiei de evaluare realizată în procesului – verbal nr. 18, înregistrat sub nr. se încadrează, în opinia Consiliului, în marja de apreciere recunoscută autorităților contractante cu privire la analiza prevăzută de art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016, precum și Directiva 24/2014 și jurisprudența CJUE în cauza C-395/18.

2. Încălcările să fi condus fie la încetarea anticipată a contractului, fie la plata de daune-interes, fie la aplicarea altor sancțiuni comparabile.

Interpretarea în sensul caracterului alternativ al celor 3 ipoteze este susținută și de *Notificarea ANAP cu privire la situația de excludere reglementată la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016* care precizează că încălcarea trebuie să fi condus:

- fie la încetarea anticipată a respectivului contract,
- fie la plata de daune-interese,
- fie la alte sancțiuni comparabile cu una dintre cele două menționate mai sus.

Prin urmare, rezilierea contractului nu este obligatorie la stabilirea incidenței cazului de excludere în discuție, așa cum interpretează contestatorul.

Această a doua condiție este îndeplinită, după cum s-a reținut anterior, prin faptul că ... i s-au aplicat penalități de întârziere (daune moratorii) pentru realizarea cu întârziere a obligațiilor principale.

Încadrarea în cazul de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g) din HG nr. 395/2016 nu atrage însă excluderea operatorului economic din procedură ci incidența dispozițiilor art. 171 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016.

Din această perspectivă, Consiliul reține prevederile menționate, având conținutul:

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

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

Așadar, autoritatea contractantă are dreptul de a exclude operatorul care se află în situațiile de excludere prevăzute la art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 [în speță, lit. g)], dar și operatorul economic are, la rândul său, posibilitatea de a furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea.

Mai trebuie adăugat că dispozițiile art. 171 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 stabilesc că autoritatea contractantă este cea care analizează caracterul satisfăcător al dovezilor de fiabilitate prezentate de ofertant, dispunând, așadar, de un drept de apreciere în ceea ce privește excluderea din procedură, în aplicarea principiului asumării răspunderii statuat la art. 2 alin. (2) din același act normativ.

În speță, ... a fost chestionat de comisia de evaluare cu privire la măsurile de fiabilitate adoptate, prin adresa nr. ..., la care a formulat răspunsul nr.

Analizând răspunsul primit, comisia a concluzionat că măsurile prezentate de ofertant nu sunt suficiente întrucât se întemeiază în principal pe contestarea imputabilității deficiențelor și pe existența unor litigii aflate pe rolul instanțelor, dar și că singurele măsuri concrete, respectiv numirea unui specialist în planificarea, controlul și raportarea performanței, plata unor sancțiuni contravenționale și prelungirea garanței de execuție sunt limitate.

Consiliul arată că nu poate cenzura dreptul de apreciere al autorității contractante dat fiind că exercitarea lui antrenează o opțiune unilaterală a autorității de a se angaja în viitor în relații contractuale cu întreprinderi al căror comportament a fost pus, într-un mod semnificativ și cu suficientă certitudine, sub semnul îndoielii. Un astfel de drept de apreciere ar putea face obiect al controlului numai în măsura în care exercitarea lui s-ar face abuziv, dincolo de limitele impuse de lege. Or, în cazul dedus judecății,

comisia de evaluare a analizat și a prezentat motivele pentru care soluția menținerii în procedură a contestatoarei, nu se impune.

Asupra dreptului de apreciere al autorității contractante s-a statuat și la nivelul jurisprudenței europene, sens în care Consiliul face trimitere la considerentele CJUE din Hotărârea pronunțată la 19 iunie 2019 în cauza C-41/18 (*Meca SRL împotriva Comune di Napoli*), în care instanța europeană a statuat:

28. În al doilea rând, potrivit articolului 57 alineatul (4) din Directiva 2014/24, „[a]utoritățile contractante pot exclude sau statele membre le pot solicita acestora să excludă de la participarea la o procedură de achiziție publică orice operator economic aflat în oricare din situațiile [menționate la această dispoziție]”. Astfel, din textul dispoziției respective **rezultă că autoritățile contractante, iar nu instanța națională, sunt cele cărora le-a fost încredințată sarcina de a aprecia dacă un operator economic trebuie să fie exclus dintr-o procedură de achiziții publice.**
29. În al treilea rând, **posibilitatea de care dispune orice autoritate contractantă de a exclude un ofertant de la o procedură de achiziții publice este menită în special să îi permită să aprecieze integritatea și fiabilitatea fiecăruia dintre ofertanți**, astfel cum dovedesc articolul 57 alineatul (4) literele (c) și (g), precum și considerentul (101) al Directivei 2014/24.
31. În al patrulea rând, potrivit articolului 57 alineatul (5) din Directiva 2014/24, autoritățile contractante trebuie să poată exclude un operator economic „în orice moment în cursul procedurii”, iar nu numai după ce o instanță judecătorească și-a pronunțat hotărârea, ceea ce constituie un indiciu suplimentar al voinței legiuitorului Uniunii de a permite autorității contractante să își facă propria apreciere cu privire la faptele comise sau omise, fie înainte, fie în cursul procedurii de achiziții, în una dintre situațiile menționate la articolul 57 alineatul (4) din această directivă.
34. Or, astfel cum s-a arătat la punctul 28 din prezenta hotărâre, reiese din textul articolului 57 alineatul 4 din Directiva 2014/24 că **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 achiziții publice.**

Aceeași instanță europeană a făcut trimitere la cele mai sus evocate și în Hotărârea din 3 octombrie 2019 în cauza C-267/18 (*Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA împotriva Companiei Naționale de Administrare a Infrastructurii Rutiere*).

După cum rezultă din cele ce preced, autoritatea contractantă și-a exercitat dreptul de apreciere în limitele impuse de lege, în sensul că avea posibilitatea de a exclude sau, dimpotrivă, de a păstra operatorul economic în procedură, și, că, mai mult, alegerea a fost justificată, în esență, de faptul că măsurile adoptate nu au fost considerate suficiente.

Prin urmare, se constată că, privitor la decizia atacată prin prezentul demers de contestare, nu se poate reține nici pretinsa încălcare a legii și nici exercitarea dreptului de apreciere cu exces de putere, autoritatea contractantă stabilind motivat, raportat la concluziile analizei proprii efectuată asupra documentelor probante și explicațiilor furnizate de ofertant, de ce nu păstrează în procedură oferta contestatorului.

Se mai cuvine a fi adăugat că îndeplinirea corespunzătoare a obligațiile contractuale izvorâte din alte contracte în care ... este parte nu prezintă vreo relevanță în speța de față.

În lumina considerentelor mai sus expuse, Consiliul stabilește că nu există motive pentru infirmarea deciziei autorității contractante și pentru anularea raportului procedurii nr. ... în ceea ce privește decizia de excludere a

Pe cale de consecință, se impune a fi menținută și măsura anulării procedurii de atribuire.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept expuse, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, va respinge contestația, ca nefondată.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

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

Obligatorie.

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