

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr.6 Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +4 021 8900745 www....SC.ro

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, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. / /

Data:

Prin contestația nr. /, înregistrată la SC sub nr. /, formulată de SC L, cu sediul social în, ..., jud. și domiciliul procesual ales în municipiul, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI RO...., reprezentată legal de, în calitate de director, împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii, emisă de către, cu sediul în, ..., jud., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă cu fază finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică, având ca obiect: „Lucrări de întreținere și reparații linii (preț inclus materiale, manoperă și utilaje) – 3 loturi”, cod CPV, s-a solicitat

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

Prin contestația nr. /, înregistrată la SC sub nr. /, formulată de SC L, împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii, emisă de către, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de achiziție publică, având ca obiect: „Lucrări de întreținere și reparații linii (preț inclus materiale, manoperă și utilaje) – 3 loturi”, cod CPV, s-a solicitat

În fapt, contestatorul arată că procesul verbal de constatare nr. 215/156/....., întocmit de , privitor la contractul nr. 616/17.08....., este întocmit în mod tendențios și abuziv, încălcând dispozițiile art. 971 lit. (d) din HG nr. 825/2006, deoarece aceste

procese verbale se fac în termen de 14 zile de la data încheierii procesului verbal de recepție la terminarea lucrărilor, suplimentar în 14 zile de la data încheierii lucrărilor, întocmit la expirarea lucrărilor în cauză, acesta fiind întocmit în momentul în care autoritatea contractantă a sesizat că, contestatorul participă la toate licitațiile anunțate, indiferent de sucursală.

Referitor la contractul nr. 616/17.08....., procesul verbal de recepție la terminarea lucrărilor a fost încheiat în data de, respectiv procesul verbal nr. 201/D/95/....., iar procesul de constatare s-a încheiat cu mult peste data la care trebuia să se încheie acesta, 17.03....., nota de constatare făcându-se în data de Contestatorul susține că aceste note de constatare s-au întocmit după ce a participat la licitația din data de, organizată de CG

Contestatorul susține că, în ceea ce privește dovedirea experienței similare, a făcut dovada acesteia prin prezentarea contractului de lucrări încheiat cu L, care are o valoare suficient de mare pentru acoperirea valorilor prevăzute în fișa de date, lucrările executate în baza acelui contract fiind similare cu cele din prezenta cauză.

Contestatorul consideră că i-a adus prejudicii materiale și de imagine, prin întocmirea procesului verbal de constatare, fiind astfel întrunite elementele constitutive ale infracțiunii de abuz în serviciu, infracțiune prevăzută și pedepsită de art. 297 Noul cod penal, deoarece, contractul nr. 617/17.08.2015, a fost dus la îndeplinire așa cum se menționează în procesul verbal de recepție, respectându-se clauzele contractuale și caietul de sarcini, iar lucrarea a fost de bună calitate din punct de vedere tehnic.

Contestatorul consideră că și-a îndeplinit obligațiile contractuale față de, a avut toate materialele aprovizionate, întâmpinând greutăți deoarece beneficiarul i-a solicitat „comisioane”, deoarece contractul consta în înlocuirea de traverse de lemn cu traverse de beton, dar la fața locului a găsit 226 T26 sb de beton deja montate în cale. A solicitat beneficiarului alt amplasament unde să poată monta traversele de beton, dar în noul amplasament trebuiau schimbate doar SLK-urile; contestatorul susține că deține fotografii pentru dovedirea celor spuse.

Referitor la contractul nr. 619/17.08.2015, unde se arată că s-a realizat un procent de 74,24%, contestatorul arată că, în caietul de sarcini, pct. 3.1.2, conform avizelor de expediție emise de Districtul din Gheorgheni, materialele au fost puse la dispoziție în ianuarie, fiind unul din motivele întâzierii lucrărilor. Referitor la condițiile contractuale „Lucrări întreținere și reparații linii”, în realitate linia veche a fost îndepărtată în întregime și s-a construit o linie nouă.

În opinia contestatorului, lucrările au fost finalizate 100% iar, referitor la diferența de preț între suma contractuală și suma platită, trebuie platită diferența.

Referitor la contractul nr. 618/17.08....., în care contestatorul este acuzat că nu a realizat lucrarea, autoritatea contractantă pierzând finanțarea bugetară, contestatorul o consideră netemeinică și nelegală, deoarece la alin. 13.2 din contract se menționează că, lucrarea trebuia terminată conform graficului de execuție, dar nu mai târziu de Contestatorul precizează că, în data de 23.....2015, cu adresa nr. 971, a solicitat închiderea liniei în perioada 25.....-08.12.2015, pentru finalizarea lucrărilor, dar cererea nu i-a fost acceptată, aducându-i astfel prejudicii. Contestatorul precizează că a avut trenul de lucru și toate materialele în stația Racosi, și că poate dovedi cu documente și registrul IDM acest lucru.

Contestatorul consideră că împotriva societății este o acțiune dirijată la nivelul tuturor regiunilor.

Prin adresa nr. 20697/1435C1/....., Consiliul solicită autorității contractante dosarul achiziției publice și documentele de calificare ale contestatorului, în conformitate cu dispozițiile art. 18, art. 20 din Legea nr. 101/....., coroborat cu art. 236 alin. (2) din Legea nr. 98/..... și art. 213 din OUG nr. 34/2006, precum și dovada respectării prevederilor art. 16 alin. (2) și art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/....., în termen de zile lucrătoare de la data comunicării prezentei, sub sancțiunea reglementată de art. 20 alin. (.....) din actul normativ antemenționat.

De asemenea, în situația în care autoritatea contractantă a adoptat vreo măsură de remediere, Consiliul a solicitat transmiterea dovezii respectării prevederilor art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/.....

Prin adresa nr. 700/AP/1173/....., înregistrată la SC sub nr. 20984/....., autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la contestația în cauză, solicitând Consiliului respingerea acesteia ca nefondată.

În fapt, arată autoritatea contractantă, a transmis anunțul de participare SEAP nr. / pentru inițierea procedurii de licitație deschisă cu etapă finală de licitație electronică, având ca obiect executarea lucrărilor mai sus menționate, elaborând documentația de atribuire, cu data de deschidere a ofertelor în 24.05..... ora 13.00. Nu s-au solicitat clarificări la documentația de atribuire. Nu au fost depuse contestații la documentația de atribuire.

după ofertă SC L, pentru cele trei loturi, oferte declarate inacceptabile în conformitate cu prevederile art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006, fiind respinse în conformitate cu prevederile art. 81 din HG nr. 925/2006, întrucât ofertantul nu a îndeplinit cerința de la pct. 2 cap. III.2.1.a) din Fișa de date a achiziției.

Autoritatea contractantă își motivează decizia astfel:

1) La adresa www.e-licitatie.ro au fost publicate în SEAP patru documente constatatoare, încheiate de beneficiarul R SA - Sucursala de, referitoare la îndeplinirea obligațiilor contractuale de către SC L, astfel:

- document constatator nr. 215/156/..... referitor la contract nr. 616 / 17.08.2015;
- document constatator nr. 215/157/..... referitor la contract nr. 617 / 17.08.2015;
- document constatator nr. 215/155/..... referitor la contract nr. 619 / 17.08.2015;
- document constatator nr. 215/158/..... referitor la contract nr. 618 / 17.08.2015.

Potrivit autorității contractante, din analiza celor 4 documente constatatoare reies următoarele:

- a) toate cele 4 contracte s-au derulat necorespunzător, lucrările începând cu întârziere, unele cu mult după termenul în care lucrarea trebuia finalizată, executantul neținând cont de termenul de execuție materializat prin graficul general de execuție întocmit de el și prezentat achizitorului după semnarea contractului; în cazul contractului nr. 618 / 17.08.2015, conform mențiunilor din document constatator nr. 215/158/..... lucrările prevăzute nu s-au executat deloc, fapt datorat executantului SC L, ceea ce a condus la pierderea integrală a alocației bugetare corespunzătoare îndeplinirii contractului;
- b) executantul nu a respectat obligațiile contractuale privind aprovizionarea cu materiale (cel puțin 50% din materialele necesare execuției lucrărilor contractate, înainte de începerea lucrării), deși a fost notificat de responsabilul cu derularea contractului, executantul solicitând, după predarea amplasamentului, la data când lucrările ar fi trebuit a fi finalizate, utilizarea altor tipuri de traverse și material mărunț decât cele prevăzute în caietul de sarcini și lista cu cantitățile de materiale, solicitări respinse (în conformitate cu legislația în vigoare) de către autoritatea contractantă;
- c) contestatorul a solicitat aprovizionarea și a utilizat alte tipuri de traverse și material mărunț decât cele prevăzute prin caietul de sarcini, în unele cazuri nerespectând chiar prevederile prevăzute în STAS-uri (un exemplu concludent este contractul nr. 619/17.08.2015, în care lucrarea a fost refăcută prin scoaterea din curbe cu $R=171m$ și $R=216m$ a traverselor de beton TI 3 a căror utilizare este permisă numai în aliniamente și curbe cu $R>401m$ și înlocuirea acestora cu traverse de lemn pe o lungime de 135m);
- d) executantul nu a dat curs cerinței din contract privind efectuarea recensământului materialelor din cale care urmau să se înlocuiască și pe care să le preia în custodia sa pe perioada execuției lucrărilor, și apoi, pe măsura înlocuirii lor, acestea să fie scăzute din custodia lui prin predarea acestora către Districtul L beneficiar, în unele cazuri acestea rămânând împrăștiate în procent de 50% în lungul căii după înlocuire;
- e) nu s-a respectat termenul limită de finalizare a lucrărilor, conform contractului; deși executantul fost notificat de autoritatea contractantă în prima zi după expirarea termenului limită de finalizare pentru predarea

amplasamentului și recepția la stadiul fizic a lucrărilor executate, acesta nu a dat curs notificării, menținând linia închisă, prelungindu-și execuția lucrărilor cu 21 zile (ex. contractele 61 < 619);

f) în cazul contractului nr. 616/17.08.2015 nu s-au respectat prevederile instrucționale privin închiderile de linie, aceasta acordându-se în perioada 19.....-08.12.2015 ora 15,00. Executantul a ținut linia închisă, prelungindu-și execuția lucrărilor până la data de 31.12.2015, în cazul contractului 617/17.08.2015 nu a respectat prevederile Instrucției nr. 317/2004 pentru restricții de viteză, închiderea de linii și scoateri de sub tensiune privind nedeschiderea circulației trenurilor la termenul aprobat prin telegrama de închidere a liniei, deschizând efectiv linia în data de 25.....2015 ora 17,15, deși prin telegrama se specifica data de 19.....2015 ora 15,00), perturbând traficul feroviar pe secția de circulație-Sighișoara și acordarea altor închideri de linie autorității contractante pentru efectuarea lucrărilor necesare de punere în siguranță a liniei, beneficiarul apreciind că prin acțiunile sau nonacțiunile întreprinse de către contestator au fost create premisele producerii de prejudicii autorității contractante, în cazul contractului nr. 619/17.08.2015 din mențiunile documentului constatator se constată faptul că nici la momentul întocmirii acestuia nu s-a redeschis circulația feroviară pe linia MAPN Bretcu având drept consecință imposibilitatea efectuării circulației și a manevrei trenurilor către UM 1534;

g) pe perioada derulării contractului au fost adresate amenințări verbale și jigniri din partea Directorulu General, atât responsabilului cu derularea contractului, cât și personalului din cadru Diviziei Linii și Secțiilor L, atitudinea acestui executant fiind neprofesională și lipsită de respect.

Autoritatea contractantă consideră că, contestatorul și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale, motiv pentru care a fost exclus din procedură.

De asemenea, arată autoritatea contractantă, tocmai faptul că a depus oferte la toate licitațiile organizate de R SA, dovedește „neseriozitatea acestuia”. Acest aspect a fost sesizat și de autoritatea contractantă - Sucursala, întrucât contestatorul a depus ofertă pentru toate cele 4 proceduri de achiziție organizate pentru beneficiarul Divizia Linii, toate acestea însumând 24 loturi, lucrări distincte, pe amplasamente diferite pe raza de activitate a celor 4 Secții L și enumeră procedurile respective. Pentru toate ofertele depuse, pentru toate cele 24 de lucrări, contestatorul a declarat pentru demonstrarea îndeplinirii capacității tehnice și/sau profesionale același personal responsabil pentru execuția lucrărilor și aceleași dotări și utilaje tehnice, în condițiile în care lucrările se desfășoară simultan, motiv suficient pentru comisia de evaluare de a nu mai solicita clarificări suplimentare.

În acest sens, susține autoritatea contractantă, este relevantă și decizia SC nr.

În urma notificării prealabile nr. 662 / 27.06..... depusă de SC L, comisia de evaluare a luat decizia menținerii hotărârii de respingere a inacceptabile a ofertelor depuse la procedura de achiziție menționată pentru toate cele 3 loturi, decizie motivată de:

- ofertantul nu justifică prin înscrisuri susținerile formulate în documentele constatatoare nr 215/156/..... referitor la contract nr. 616/17.08.2015, document constatator nr 215/157/..... referitor la contract nr. 617/17.08.2015, document constatator nr. 215/155 referitor la contract nr. 619/17.08.2015, document constatator nr. 215/158/..... referitor la contract nr. 618/17.08.2015, care au stat la baza deciziei de excludere a ofertantului din prezenta procedura de achiziție;

- ofertantul nu probează sub nicio formă că și-ar fi îndeplinit în mod corespunzător obligațiile contractuale și nu a produs prejudicii beneficiarilor, încât să se încadreze în prevederile art. 181 din OUG nr. 34/2006;

- ofertantul nu face dovada contestării documentelor constatatoare nr. 215/156/..... referitor din contract nr. 616/17.08.2015, document constatator nr. 215/157/..... referitor la contract nr 617/17.08.2015, document constatator nr. 215/155/ referitor la contract nr. 619/17.08.2015 document constatator nr. 215/158/..... referitor la contract nr. 618/17.08.2015.

Având în vedere susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de achiziție publică, prin licitație deschisă cu fază finală de licitație electronică, în vederea atribuirii contractului, având ca obiect: „Lucrări de întreținere și reparații linii (preț inclus materiale, manoperă și utilaje) – 3 loturi”, cod CPV prin publicarea anunțului de participare nr. /....., criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”, iar valoarea estimată a contractului este 963.410,00 lei.

În procesul verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 712/1/645/24.05....., autoritatea contractantă a consemnat că a fost depusă câte o singură ofertă pe fiecare dintre cele 3 loturi, identitatea ofertantului, lista principalelor documente depuse și prețul ofertelor.

Ulterior, în raportul procedurii de atribuire nr. 700/AP/979/....., autoritatea contractantă a respins ca inacceptabile ofertele SC L pentru toate cele 3 loturi și a decis de atribuire în baza art. 209 alin. (1) lit. a) din OUG nr. 34/2006, cu motivația că „au fost depuse numai oferte inacceptabile”.

Decizia de mai sus a fost transmisă SC L prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nr. 700/AP/980/.....; ulterior luării la cunoștință a conținutului documentului anterior, ofertantul în cauză a transmis autorității contractante înscrisul

„notificare” nr. 2251/....., prin care a solicitat acesteia „să dispuneți desființarea măsurii de respingere a ofertei subscrisei (...)”.

Potrivit documentelor aflate la dosarul cauzei, autoritatea contractantă a răspuns la notificarea SC L prin adresa nr. 700/AP/1075/....., potrivit căreia „a luat decizia menținerii hotărârii de respingere ca inacceptabile a ofertelor depuse de dvs.”; ulterior, SC L a formulat contestația dedusă soluționării, solicitând „desființarea măsurii de respingere a ofertei subscrisei ca neconformă și recunoașterea dreptului nostru la faza de atribuire a contractului”.

Față de cele de mai sus, Consiliul va soluționa contestația, analizând modalitatea în care a evaluat autoritatea contractantă oferta contestatorului pentru cele 3 loturi, luând în considerare prevederile documentației de atribuire, legislația incidentă din domeniul achizițiilor publice și susținerile părților.

Din studiul dosarului cauzei, Consiliul va reține că, potrivit actului ce a făcut obiectul notificării prealabile, adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nr. 700/AP/980/....., ofertele contestatorului pentru cele 3 loturi au fost respinse ca inacceptabile în baza art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006, potrivit căreia „oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: (...) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește una sau mai multe dintre cerințele de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a prezentat, conform prevederilor art. alin. (4) - (.....), documente relevante în acest sens”, întrucât contestatorul nu ar fi îndeplinit cerința de la punctul 2 cap. III.2.1.a) din fișa de date a achiziției iar autoritatea contractantă a constatat existența, în SEAP, a documentelor constatatoare nr. 215/156/....., nr. 215/157/....., nr. 215/158/ și nr. 215/159/....., referitoare la îndeplinirea obligațiilor contractuale, aspect care ar fi condus la incidența art. 181 lit. din OUG nr. 34/2006.

Consiliul va reține că, la punctul 2 al secțiunii III.2.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului din fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a formulat următoarea cerință minimă de calificare: *„Declarație pe proprie răspundere privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 181 din OUG nr. 34/2006 – Formularul 12B din Secțiunea Formulare, în original (ofertant, asociat, iar terțul susținător doar pentru lit. a), c indice 1) și d), după caz)”*.

Potrivit art. 181 lit.) din OUG nr. 34/2006, „autoritatea contractantă are dreptul de a exclude dintr-o procedură pentru atribuirea contractului de achiziție publică orice ofertant/candidat care se află în oricare dintre următoarele situații: (...) în ultimii 2 ani nu și-a îndeplinit sau și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale, din motive imputabile ofertantului în cauză, fapt care a produs sau este de natură să producă grave prejudicii beneficiarilor acestuia”.

Referitor la acest aspect, Consiliul va reține că:

- potrivit art. 97¹ alin. (1) din HG nr. 925/2006, „*autoritatea contractantă are obligația de a emite documente constatatoare care conțin informații referitoare la îndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant și, dacă este cazul, la eventualele prejudicii*”;
- potrivit art. 97¹ alin. (2¹) din HG nr. 925/2006, „*autoritatea contractantă publică în SEAP, prin utilizarea aplicației disponibile la adresa de internet www.e-licitatie.ro, în cel mult 10 zile de la data expirării termenelor prevăzute la alin. (1), documentul prevăzut la alin. (1), semnat cu semnătură electronică extinsă bazată pe un certificat calificat, precum și, dacă este cazul, informații referitoare la suspendarea sau anularea respectivului document*” și
- potrivit art. 97¹ alin. (22) din HG nr. 925/2006 „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. 181 lit.) din ordonanța de urgență”.

Totodată, Consiliul va lua în considerare că norma juridică anterioară transpune în dreptul autohton prevederile art. 45 alin. (2) lit. d) din Directiva nr. 18/2004/CE, potrivit căreia „*poate fi exclus de la participarea la un contract orice operator economic: (...) (d) care s-a făcut vinovat de o gravă abatere profesională, dovedită prin orice mijloace pe care autoritățile contractante le pot justifica; (...) Statele membre precizează, în temeiul dreptului intern și prin respectarea dreptului comunitar, condițiile de aplicare a prezentului alineat*”.

Față de cele de mai sus, Consiliul apreciază că, pentru uza de dreptul conferit de norma legală anterioară de a respinge oferta contestatorului, autoritatea contractantă ar fi trebuit să aibă certitudinea că acesta în ultimii 2 ani nu și-a îndeplinit sau și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale, din motive imputabile acestuia, fapt care a produs sau este de natură să **producă grave prejudicii beneficiarilor acestuia**; cu alte cuvinte, că s-a făcut vinovat de o abatere, producând astfel grave prejudicii.

În acest sens, autoritatea contractantă ar fi trebuit să aibă în vedere două elemente de analiză pentru a-și fundamenta decizia de excludere a unui operator economic în baza art. 181 lit.) din OUG nr. 34/2006:

- executarea defectuoasă a contractului ar trebui să fie în primul rând rezultatul unei atitudini a operatorului economic care denotă intenția culpabilă sau neglijența din partea sa;
- gravitatea comportamentului pretins culpabil al operatorului economic trebuie să poată fi demonstrată nu

atât prin faptul că a executat defectuos un contract sau o parte dintr-un contract, cât prin gravitatea prejudiciilor create beneficiarului contractului datorită acestui comportament.

Analizând cele 4 certificate, aflate la paginile 123 – 129 din dosarul achiziției, transmis de autoritatea contractantă la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

- documentul constatator nr. 215/156/..... emis de Compania Națională de, „.....R” SA, prin Sucursala Regionala consemnează:

- o „contractul a fost îndeplinit în mod corespunzător: NU; nerespectarea termenului contractual din culpa executantului, lucrare nefinalizată”;
- o „prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului – nu s-a ridicat restricția de viteză propusă până la schimbarea mersului de tren 2015 – (13 decembrie 2015) aceasta a afectat regularitatea circulației pe secția de circulație Predeal -.....”;

- documentul constatator nr. 215/157/..... emis de Compania Națională de, „.....R” SA, prin Sucursala Regionala consemnează:

- o „contractul a fost îndeplinit în mod corespunzător: NU; nerespectarea termenului contractual din culpa executantului”;
- o „prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului – nu s-a redeschis circulația feroviară pe firul pe care s-au executat lucrări, la termenul stabilit prin telegrama nr. 34/05....., acest fapt a afectat traficul feroviar pe secția de circulație – Sighișoara și acordarea altor deschideri de linie autorității contractante pentru efectuarea lucrărilor necesare de punere în siguranță a liniei și de pregătire a căii ferate pentru iarna 2015 -”;

- documentul constatator nr. 215/155/..... emis de Compania Națională de, „.....R” SA, prin Sucursala Regionala consemnează:

- o „contractul a fost îndeplinit în mod corespunzător: NU; nerespectarea termenului contractual din culpa executantului, lucrare nefinalizată”;
- o „nu s-a redeschis pentru circulația feroviară pe linia MAPN Brețcu nici până în prezent având drept consecință imposibilitatea efectuării circulației și a manevrei trenurilor către UM 01534”;

- documentul constatator nr. 215/158/..... emis de Compania Națională de, „.....R” SA, prin Sucursala Regionala consemnează:

- „durata contractului: (...) efectiv realizată – lucrările prevăzute în contract nu s-au executat”;
- „contractul a fost îndeplinit în mod corespunzător: NU; nerespectarea termenului contractual din culpa executantului”;
- „prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului – a condus la pierderea alocației bugetare pentru această lucrare”;
- „aspecte privind derularea contractului: lucrările prevăzute în contract nu s-au executat”.

Analizând Fișa de date a achiziției, Consiliul reține că la punctul III.2.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului, autoritatea contractantă a menționat următoarea cerință nr. 2: „*Declarație pe proprie răspundere privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 181 din OUG 34/2006 – Formularul 12B din Secțiunea Formulare, în original (ofertant, asociat, iar terțul susținător doar pentru lit. a), c indice 1) și d), după caz*”.

Verificând documentele de calificare depuse de SC L, Consiliul constată că acest ofertant a depus declarația privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 181 din OUG nr. 34/2006 (pagina din dosarul achiziției, transmis de autoritatea contractantă la dosarul cauzei), respectând Formularul 12B inclus în documentația de atribuire, în fișierul cu identificatorul „[....167928/005] Secțiunea Formulare RRV 3 loturi.doc.p7s”.

De asemenea, analizând înscrisurile elaborate de comisia de evaluare, Consiliul reține că în cadrul Procesului-verbal nr. 700/AP/978/..... (fila 26 din dosarul achiziției) au fost menționate aceleași informații care se regăsesc și în cadrul adresei nr. 700/AP/980/..... privind comunicarea rezultatului procedurii de atribuire (fila 21 din dosarul achiziției), informații care au fost preluate în mod identic din raportul procedurii nr. 700/AP/978/29.06..... (filele 23 – 28 din dosarul achiziției).

În acest context, Consiliul constată că membrii Comisiei de evaluare nu au întocmit niciun document din care să reiasă că au aplicat dispozițiile art. 971 alin. (22) din HG nr. 925/2006, respectiv că ar fi analizat dacă cele 4 documente constatatoare emise în data de „reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 181 lit.) din ordonanța de urgență”.

Din cele de mai sus, se observă că decizia autorității contractante s-a bazat exclusiv pe informațiile preluate din SEAP, nesolicitându-se contestatorului nicio clarificare cu privire la cele consemnate în cadrul respectivelor documente constatatoare. Comisia de evaluare nu a întocmit niciun document din care să rezulte, îndeplinirea condițiilor cumulative stipulate de art. 181 lit.) din OUG nr. 34/2006, potrivit căruia „autoritatea contractantă are dreptul de a exclude dintr-o procedură pentru atribuirea contractului de achiziție publică orice ofertant/candidat care se află în oricare dintre următoarele situații: (...)) în ultimii 2 ani nu și-a îndeplinit sau și-a îndeplinit în mod

defectuos obligațiile contractuale, din motive imputabile ofertantului în cauză, fapt care a produs sau este de natură să producă grave prejudicii beneficiarilor acestuia”.

Astfel cum a fost reținut anterior, din analiza prevederilor legale antemenționate, rezultă că autoritatea contractantă, pentru a putea uza de acest drept de a exclude un operator economic, trebuia să constate îndeplinirea cumulativ și nu alternativ, a următoarelor condiții:

- operatorul nu și-a îndeplinit sau și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale, în ultimii 2 ani;

- motivele pentru care operatorul nu și-a îndeplinit sau și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale să îi fi fost imputabile acestuia;

- neîndeplinirea acestor obligații sau îndeplinirea lor în mod necorespunzător să îi fi produs sau este de natură să producă **grave prejudicii beneficiarilor contractului.**

Față de cele de mai sus, Consiliul apreciază că, pentru a uza de dreptul conferit de norma legală anterioară de a respinge oferta contestatorului, autoritatea contractantă ar fi trebuit să aibă certitudinea îndeplinirii condițiilor cumulative mai sus menționate.

Măsura excluderii ca urmare a incidenței art. 181 lit.) din OUG nr. 34/2006 poate fi luată de autoritatea contractantă pe baza unor dovezi clare, certe, din care să rezulte fără dubiu că sunt îndeplinite condițiile cumulative prevăzute de dispozițiile legale, ceea ce înseamnă că, anterior respingerii ofertei, autoritatea contractantă trebuia să clarifice cu ofertantul contestator aspectele constatate ca urmare a consultării SEAP, pentru a obține informații și documente din care să rezulte cu certitudine îndeplinirea condițiilor prevăzute de dispozițiile legale citate, în lipsa acestora oferta fiind în mod eronat respinsă.

Verificând documentele constatatoare nr. 215/156/..... (privitor la contractul nr. 616/17.08.2015), 215/157/..... (privitor la contractul nr. 617/17.08.2015), 215/158/ (privitor la contractul nr. 618/17.08.2015) și 215/155/..... (privitor la contractul nr. 619/17.08.2015), aflate la filele 123 – 129 din dosarul achiziției, Consiliul reține că toate sunt emise, așa cum rezultă din antetul acestora, de „Divizia Linii – Serviciul Linii”, fiind semnate, fiecare dintre acestea, de persoana responsabilă cu derularea contractului, respectiv ing. Neamțu Cristian, Tudor Vasiu, Kadar Laslo, aprobate de dl. Gheorghe Boacă „Divizia Linii” și purtând ștampila „..... - SUCURSALA DE

În acest context, Consiliul reține că aceste documente constatatoare nu sunt aprobate de conducătorul autorității contractante - directorul Sucursalei / directorul deși sunt încărcate în SEAP sub titulatura autorității contractante

De asemenea, Consiliul reține că în cuprinsul documentelor constatatoare mai sus enumerate, la punctul 9, sunt menționate diverse

aspecte privind derularea contractelor, iar la punctul 8 intitulat „Prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului (dacă este posibil cuantificarea valorică a acestora)”, se regăsesc următoarele mențiuni:

- „nu s-a ridicat restricția de viteză propusă până la schimbarea mersului de tren 2015 – (13 decembrie 2015), aceasta a afectat regularitatea circulației pe secția de circulație Predeal-....” – document constatator nr. 215/156/..... (privitor la contractul nr. 616/17.08.2015);

- „nu s-a redeschis circulația feroviară pe firul pe care s-au executat lucrări, la termenul stabilit prin telegrama nr. 34/05....., acest fapt a afectat traficul feroviar pe secția de circulație-Sighișoara și acordarea altor închideri de linie autorității contractante pentru efectuarea lucrărilor necesare de punere în siguranță a liniei și de pregătire a căii ferate pentru iarna 2015 –” - document constatator nr. 215/157/..... (privitor la contractul nr. 617/17.08.2015);

- „a condus la pierderea alocăției bugetare pentru această lucrare” - document constatator nr. 215/158/ (privitor la contractul nr. 618/17.08.2015);

- „nu s-a redeschis (...) circulația feroviară pe linia MAPN Brețcu nici până în prezent având drept consecință imposibilitatea efectuării circulației și a manevrei trenurilor către UM 01534” - document constatator nr. 215/155/..... (privitor la contractul nr. 619/17.08.2015).

Întrucât din analiza documentelor constatatoare în discuție se constată că, în cadrul acestora, beneficiarul nu a menționat faptul că îndeplinirea obligațiilor în mod necorespunzător de către ofertantul contestator (în cadrul contractelor 616, 617, 619/17.08.2015) sau neîndeplinirea obligațiilor de către contestator (în cadrul contractului nr. 618/17.08.2015) „i-a produs sau este de natură să-i producă grave prejudicii” și având în vedere că nu este atribuția Consiliului de a aprecia dacă prejudiciile suferite de beneficiar ca urmare a îndeplinirii defectuoase/neîndeplinirii unui contract sunt grave sau nu, singurul în măsură fiind beneficiarul (având la bază sau nu, o cuantificare valorică, după caz, dar în orice situație pe baza unor argumentări solide), Consiliul apreciază că în speță se impune ca autoritatea contractantă să facă aplicarea dispozițiilor art. alin. (3) din HG nr. 925/2006 și să-i solicite Sucursalei Regionale să precizeze, în mod expres, argumentat, dacă prin modul în care s-au derulat contractele respective i-au fost produse grave prejudicii și în caz afirmativ să le cuantifice (dacă este posibil). În cazul în care, în opinia Sucursalei Regionale, prejudiciile nu sunt cuantificabile să precizeze motivele pentru care acestea nu pot fi cuantificate. De asemenea, se impune ca autoritatea contractantă să-i solicite SUCURSALEI REGIONALE precizări în

legătura cu persoanele abilitate să aprobe aceste documente constatatoare în numele - SUCURSALA DE, respectiv în numele COMPANIEI NAȚIONALE DE,....." S.A.

În speță, autoritatea contractantă nu a prezentat nicio dovadă privind demersurile făcute de aceasta cu privire la modul de derulare a contractelor respective și a gravelor prejudicii aduse beneficiarului urmare a derulării acestora.

În consecință, luând în considerare aspectele de fapt și de drept mai sus menționate, Consiliul apreciază că, în speță, se impune ca autoritatea contractantă să solicite, în temeiul dispozițiilor art. 201 din OUG nr. 34/2006, coroborate cu prevederile art. alin. (3) și art. 35 din HG nr. 925/2006, pe de o parte, contestatoarei clarificări în legătură cu documentele constatatoare mai sus menționate, iar pe de altă parte SUCURSALEI REGIONALE să-i furnizeze informații cu privire la gravitatea prejudiciului și cuantificarea acestuia (dacă este posibil, iar în cazul în care, în opinia sa, prejudiciile nu sunt cuantificabile să precizeze motivele pentru care acestea nu pot fi cuantificate), respectiv clarificări cu privire la abilitatea persoanelor fizice nominalizate la pag. 12 a deciziei, de a întocmi și aproba documentele constatatoare în discuție.

Referitor la susținerile autorității contractante din finalul punctului de vedere cu privire la faptul că prin notificarea prealabilă ofertantul nu probează sub nicio formă că și-a îndeplinit în mod corespunzător obligațiile contractuale și nu a produs prejudicii beneficiarilor iar acesta nu a făcut nici dovada contestării documentelor constatatoare, Consiliul apreciază că aceste aspecte sunt subsidiare, raportat la legislația în vigoare, membrii Comisiei de evaluare, în etapa de evaluare a ofertelor, având obligația principală de a analiza dacă documentele constatatoare postate în SEAP la data de 26.05..... „reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 181 lit.) din ordonanța de urgență”. Or, în speță din documentele constatatoare în discuție nu rezultă că autoritatea contractantă emitentă a acestora a apreciat, ea însăși, prejudiciul ca fiind grav, pentru ca „.....R” SA - SUCURSALA DE (autoritatea contractantă din prezenta procedură de atribuire) să poată constata că documentele constatatoare în discuție reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 181 lit.) din ordonanța de urgență.

Cu privire la gravitatea prejudiciului/întinderea acestuia se poate pronunța doar emitentul actului, nu COMPANIA NAȚIONALĂ DE,....." SA - SUCURSALA DE și în niciun caz Consiliul.

În acest context, Consiliul reține că la dosarul cauzei nu există niciun document/nu este invocat niciun argument care să susțină condiția principală prevăzută de legiuitor privind producerea unor prejudicii grave.

Raportat la Directiva 18/2004/CE în Secțiunea 2 a Capitolului VII, la art. 45 - Situația personală a candidatului sau a ofertantului, alineatul (2), sunt enumerate criteriile care pot conduce la excluderea ofertanților dintr-o procedură. Mai concret, litera d) din cuprinsul alineatului respectiv, indică faptul că poate fi exclus de la participarea la un contract un operator economic „care s-a făcut vinovat de o gravă abatere profesională, **dovedită prin orice mijloace pe care autoritățile contractante le pot justifica**”.

În speța C-465/..... Forposta SA, ABC Direct Contact sp. z o.o. vs. Poczta Polska S.A. care a avut ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Krajowa Izba Odwoławcza (Polonia) privind interpretarea art. 45 (2) litera (d) din Directiva 2004/18/CE coroborat cu articolul 53 (3) și cu articolul 54 (4) din Directiva 2004/17/CE, Curtea a arătat următoarele:

- noțiunea „*abatere gravă*” trebuie să fie înțeleasă ca referindu-se în mod normal la un comportament al operatorului economic în cauză care denotă o intenție culpabilă sau neglijență de o anumită gravitate din partea sa. Astfel, orice executare incorectă, imprecisă sau defectuoasă a unui contract sau a unei părți din acest contract poate demonstra eventual o competență profesională limitată a operatorului economic în cauză, dar nu echivalează în mod automat cu o abatere gravă;

- constatarea existenței unei „*abateri grave*” necesită, în principiu, efectuarea unei aprecieri concrete și individualizate a atitudinii operatorului economic în cauză;

- reglementarea națională [din legea poloneză] impune autorității contractante să excludă de la procedura de atribuire a unui contract de achiziții publice un operator economic în ipoteza în care, din cauza unor circumstanțe care „*sunt imputabile*” acestuia din urmă, autoritatea respectivă a reziliat sau a denunțat unilateral un contract încheiat cu operatorul economic în cauză în cadrul unui contract de achiziții publice anterior;

- noțiunea „*motive imputabile*” este foarte largă și poate cuprinde situații care depășesc cu mult o atitudine a operatorului economic în cauză care denotă o intenție culpabilă sau neglijență de o anumită gravitate din partea sa [...] noțiunea „*abatere gravă*”, nu poate fi înlocuită cu noțiunea „*motive imputabile*” operatorului economic în cauză.

De asemenea, Curtea a reținut că, deși din cuprinsul articolului 54 alineatul (4) din Directiva 2004/17 reiese ca autoritățile contractante pot stabili criterii de selecție calitativă în plus față de criteriile de excludere enumerate la articolul 45 din Directiva 2004/18, totuși, conform unei jurisprudențe constante a Curții, articolul 45 alineatul (2) din această directivă enumeră în mod exhaustiv cauzele care pot să justifice excluderea unui operator economic de la participarea la un contract pentru motive, întemeiate pe elemente obiective, privind calitățile sale

profesionale și se opune, în consecință, ca statele membre să completeze lista pe care o cuprinde cu alte cauze de excludere întemeiate pe criterii referitoare la calitatea profesională.

Având în vedere cele mai sus menționate, Consiliul reține că prevederile art. 181 lit.) nu trebuie utilizate ca un instrument de excludere a oricărui operator economic care a greșit la un moment în contextul îndeplinirii unui contract. Din considerațiile făcute de Curte în cazul C-465/....., se reține că aprecierea lăsată la latitudinea autorității contractante nu trebuie interpretată ca fiind echivalentă cu un drept ce poate fi exercitat în orice condiții, existând de fapt un cumul de condiții care urmează a fi îndeplinite pentru ca decizia de excludere să poată fi considerată una corectă.

Prin urmare, nu orice neîndeplinire a unor clauze contractuale poate să genereze aplicarea dispozițiilor art. 181 lit.) din OUG nr. 34/2006.

În acest sens, a statuat și Curtea de Apel – Secția a VIII-a Contencios și Fiscal în Decizia civilă nr. 4407/25.09.2015 pronunțată în dosarul nr. 5093/2/2015.

În consecință, atât practica Curții Europene de Justiție cât și practica națională au statuat în mod expres că aplicarea dispozițiilor art. 181 lit.) din OUG nr. 34/2006 ar trebui să se facă după o evaluare riguroasă a tuturor considerentelor care sunt de natura să genereze sancțiunea excluderii unui ofertant dintr-o procedura.

Raportat la situația din prezenta speță și documentele aflate la dosarul cauzei, contractul nr. 617/17.08.2015, pentru care s-a emis documentul constatator negativ nr. 215/157/..... a fost depus de către contestator pentru dovedirea experienței similare și în legătură cu acesta (paginile 84 – 88 din dosarul achiziției), Consiliul constată că recepția a fost semnată la data de 02..... (nr. 202/03/27/.....02..... – fila 92 din dosarul achiziției), fără obiecțiuni, la punctele „4.1, 4.2 și 4.3” menționându-se „nu este cazul”.

În ceea ce privește susținerea contestatorului referitoare la faptul că „în ceea ce privește dovedirea experienței similare, subscrisa a făcut dovada acestei experiențe prezentând contractul de lucrări încheiat cu L”, Consiliul o apreciază ca lipsită de relevanță întrucât prin documentația de atribuire (fișa de date) autoritatea contractantă a menționat două cerințe de calificare distincte, una la punctul III.2.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului - cerința nr. 2: „Declarație pe proprie răspundere privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 181 din OUG 34/2006 – Formularul 12B din Secțiunea Formulare, în original (ofertant, asociat, iar terțul susținător doar pentru lit. a), c indice 1) și d), după caz”, iar cealaltă la punctul III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională – cerința nr. 2: „Pentru demonstrarea experienței similare se solicită ca cerință minimă, ca ofertantul să facă dovada execuției în ultimii ani a unor lucrări la

linii de cale ferată, de natură și complexitate similară / comparabilă cu lucrările care fac obiectul prezentului contract, cu o valoare individuală / cumulată de minim 300.000 lei - Lotul 1, 400.000 lei - Lotul 2, 200.000 lei - Lotul 3, la nivelul a maxim 3 contracte”, iar membrii Comisiei de evaluare au obligația de a analiza în mod distinct îndeplinirea fiecărei cerințe în parte, neputându-se considera că îndeplinirea unei cerințe poate conduce în mod automat și la îndeplinirea celeilalte, în speță oferta contestatoarei fiind respinsă doar pentru neîndeplinirea cerinței de la punctul 2 cap. III.2.1.a) din Fișa de date a achiziției.

În ceea ce privește susținerile autorității contractante referitoare la faptul că „pentru toate ofertele depuse, pentru toate cele 24 de lucrări, ofertantul contestatar a declarat pentru demonstrarea îndeplinirii capacității tehnice și/sau profesionale, același personal responsabil pentru execuția lucrărilor și aceleași dotări și utilaje tehnice, în condițiile în care lucrările se desfășoară simultan, motiv suficient pentru comisia de evaluare de a nu mai solicita clarificări suplimentare”, Consiliul reține că în conformitate cu dispozițiile art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/..... „examinează din punctul de vedere al legalității și temeiniciei actul atacat”, iar în condițiile în care aceste aspecte nu sunt menționate în cadrul actului atacat, Consiliul nu se poate pronunța cu privire la aceste aspecte, motiv pentru care decizia SC nr., invocată de către autoritatea contractantă, este lipsită de relevanță în cauză.

Mai mult, Consiliul, cu referire la deciziile sale anterior pronunțate, aduse în sprijinul său de către autoritatea contractantă, stabilește că acestea sunt relative la pricinile soluționate anterior, nu constituie izvor de drept și nici nu pot obliga la emiterea unei noi decizii într-un anumit sens deoarece precedentul judiciar nu constituie izvor de drept în sistemul românesc. Potrivit Legii nr. 101/....., în activitatea sa, Consiliul se supune numai legii, deciziile acestuia fiind pronunțate în temeiul legii. În aceeași direcție sunt și normele art. 26 din Regulamentul de organizare și funcționare al Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, aprobat prin HG nr. 1037/2011, în vigoare la data emiterii prezentei, care statuează, la art. 26 alin. (2): „completul de soluționare a contestației este independent, deciziile pronunțate fiind bazate pe stricta aplicare și respectare a legii”, iar nu pe deciziile pronunțate anterior.

În ceea ce privește susținerile contestatoarei referitoare la „coincidența sau nu” a faptului că „aceste note de constatare s-au întocmit numai după ce societatea noastră a participat la licitația din organizată de C.N.C.F.”, motiv pentru care solicită Consiliului să analizeze „această bănuială legitimă de acte de corupție din partea autorității contractante, motiv pentru care să fie sesizate organele de cercetare penală abilitate”, Consiliul apreciază că această chestiune excede competențelor sale stabilite de legislația în

vigoare, decizia de a sesiza sau nu organele statului cu competență în acest domeniu aparținând exclusiv contestatorului.

Față de cele mai sus menționate (documentele aflate la dosarul cauzei, modul în care Comisia a evaluat ofertele, probatoriul administrat în cauză, specificul fiecărei spețe în parte) și constatând că autoritatea contractantă nu a făcut o verificare a îndeplinirii condițiilor cumulative prevăzute la art. 181 lit.) din OUG nr. 34/2006, în temeiul art. 26 alin. (2) și (.....) din Legea nr. 101/....., Consiliul va admite contestația formulată de SC , va anula raportul procedurii nr. 700/AP/979/..... și adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nr. 700/AP/980/..... și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei contestatorului cu respectarea prevederilor documentației de atribuire, a legislației aplicabile, din domeniul achizițiilor publice și a celor reținute în motivare, în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei.

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

DECIDE:

Admite contestația formulată de SC în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Anulează raportul procedurii nr. 700/AP/979/..... și adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nr. 700/AP/980/.....

Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei contestatorului cu respectarea prevederilor documentației de atribuire, a legislației aplicabile, din domeniul achizițiilor publice și a celor reținute în motivare, în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare.

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

Consilier de soluționare
.....

PREȘEDINTE
.....

Consilier de soluționare
.....

Redactat în 4 (patru) exemplare originale, conține 18 (optsprezece) pagini.