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.cnsc.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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

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

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., formulată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., județul ....., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ....., având CUI ....., reprezentată convențional prin Cabinete de avocat grupate, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ....., împotriva adresei nr. 2801/21.05....., reprezentând comunicarea evaluării DUAE, emisă de către COMUNA ....., cu sediul în Comuna ....., ..., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având drept obiect: „.....”, cod CPV 43200000-5, s-a solicitat: anularea adresei de comunicare evaluare DUAE nr. 2801/21.05.....; anularea adresei de răspuns notificare prealabilă nr. 2936/29.05.....; anularea tuturor actelor subsecvente emise în procedură; obligarea autorității contractante la reluarea procedurii și declararea SC ..... SRL ca fiind admisă în etapa DUAE.

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

În fapt, contestatorul arată că prin adresa de comunicare a evaluării DUAE nr. 2801/21.05....., autoritatea contractantă a motivat decizia de respingere a ofertei, în faza DUAE, ca urmare a existenței documentului constatator negativ nr. 102480, publicat în SEAP și emis de către Ministerul Apărării - Unitatea Militară 02574 (în calitate de autoritate contractantă). Astfel, datorită existenței acestui document constatator autoritatea contractantă a considerat că sunt aplicabile

dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 precum și cele ale art. 167 din Legea nr. 98/2016. Contestatorul apreciază însă, că respingerea ofertei, în temeiul acestor dispoziții legale și cu privire la documentul constatator nr. 102480, este nelegală și netemeinică, din considerentele ce vor fi expuse mai jos.

În acest sens, contestatorul arată că în cuprinsul răspunsului la solicitarea de clarificări nr. 2660/11.05....., transmisă anterior emiterii actului administrativ atacat, a învederat autorității contractante următoarele aspecte: „Subscrisa a participat la licitația publică organizată în vederea achiziționării celor 25 de minitractoare multifuncționale, după ce a identificat pe piață minitractoarele multifuncționale care corespundeau caietului de sarcini al achizitorului. Oferta noastră tehnică a fost formulată în baza fișei tehnice prezentată și asumată de către producătorul SN Rom Arm SA Filiala Uzina Mecanică MIJA, care ne-a confirmat existența stocului de 25 de minitractoare multifuncționale. Subscrisa nu s-a aflat în culpă contractuală cu privire la nelivrarea minitractoarelor ce au făcut obiectul respectivului contract de achiziție publică. Între subscrisa și autoritatea contractantă s-a purtat o vastă corespondență prin care subscrisa o încercat soluționarea problemelor intervenite în executarea contractului. Astfel, subscrisa, fiind de bună credință și având intenția reală de a livra toate cele 25 de minitractoare multifuncționale a comunicat autorității contractante faptul că producătorul român nu mai deține pe stoc o cantitate mai mare de 12 minitractoare multifuncționale, informație pe care am primit-o ulterior primirii ordinului de livrare a obiectului contractului. Prin urmare, subscrisa a făcut toate demersurile posibile pentru identificarea unor produse care să corespundă caietului de sarcini al autorității contractante. În țară nu au fost identificați alți producători de minitractoare multifuncționale corespunzătoare. În acest context subscrisa a prezentat autorității contractante fișa tehnică a unor minitractoare multifuncționale fabricate de către un producător chinez. Datele tehnice ale minitractoarelor prezentate erau chiar superioare celor din caietul de sarcini. Totodată, subscrisa a identificat și propus autorității contractante livrarea unor minitractoare cu date tehnice superioare caietului de sarcini de la un producător italian. De asemenea am solicitat prelungirea termenului contractual și de livrare pentru a putea pune la dispoziția autorității contractante toate cele 25 de minitractoare multifuncționale, parte din producția SN RomArm SA Filiala Uzina Mecanica MIJA parte din producția chineză sau italiană. Precizăm că subscrisa nu am solicitat modificarea prețului contractului indiferent

de produsele pe care autoritatea contractantă ar fi acceptat să le livrăm. Deși subscrisa am formulat o multitudine de adrese prin care am explicat autorității contractante situația și am prezentat acesteia mai multe variante prin care puteam executa contractul în beneficiul autorității contractante, aceasta a refuzat nejustificat orice modalitate alternativă, chiar mult mai avantajoasă pentru aceasta. Autoritatea contractantă a insistat în livrarea minitractoarelor produse de SN RomArm SA Filiala Uzina Mecanică MIJA. Așadar subscrisa a livrat parțial o tranșă de 6 minitractoare multifuncționale a căror recepție a fost refuzată de către autoritatea contractantă. Ulterior subscrisa am solicitat producătorului român remedierea deficiențelor și lipsurilor constatate cu ocazia recepției, însă acesta ne-a informat că nu este în măsură să procedeze la remediere. Nici ulterior constatărilor efectuate cu ocazia recepției minitractoarelor SN RomArm SA Filiala Uzina Mecanică MIJA, autoritatea contractantă nu a fost de acord ca subscrisa să procedeze la livrarea unor minitractoare cu date tehnice superioare ofertate de subscrisa la același preț, din producție chineză sau italiană și a preferat să considere reziliat contractul cu subscrisa. Mai mult decât atât suntem îndreptățiți să apreciem asupra unei rele credințe atât a autorității contractante cât și a producătorului român, având în vedere faptul că producătorul român este o companie națională care activează în domeniul apărării iar autoritatea contractantă este chiar Ministerul Apărării Naționale prin Unitatea Militară 02574. Având în vedere această situație apreciem că documentul constatator nr. 102480 a fost emis de autoritatea contractantă cu rea credință și prin urmare vom proceda la acționarea în instanță atât a autorității contractante cât și a producătorului român care o prezentat o ofertă și o fișă tehnică a produselor ce au făcut obiectul contractului, care nu corespundeau cu realitatea, și vom solicita obligarea acestora, în solidar, la plata daunelor interese pentru prejudiciile suferite de subscrisa”.

Contestatorul menționează că prin notificarea prealabilă a comunicat autorității contractante faptul că a luat cunoștință de existența și cuprinsul documentului constatator negativ nr. 102480 emis de către autoritatea contractantă - Ministerul Apărării - Unitatea Militară 02574, odată cu comunicarea solicitării de clarificări nr. 2660/11.05....., la care a fost anexat acest document constatator. Ministerul Apărării - Unitatea Militară 02574 nu a procedat în conformitate cu dispozițiile art. 166 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, respectiv nu a procedat la comunicarea acestui document constatator emis la finalizarea contractului de achiziție publică.

Procedând în această manieră Ministerul Apărării - Unitatea Militară 02574 a încălcat dreptul prevăzut de art. 166 alin. (4) din HG nr. 395/2016, de a contestata, potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, documentul constatator pe care îl apreciază ca fiind nelegal,

netemeinic, emis cu rea-credință și în mod abuziv. Mai mult decât atât Ministerul Apărării - Unitatea Militară 02574 a procedat la publicarea în SEAP a documentului constatator cu încălcarea dispozițiilor art. 166 alin. (5) din HG nr. 395/2016, respectiv fără a respecta termenul de publicare a documentului în SEAP după împlinirea termenelor de contestare prevăzute de Legea nr. 554/2014. Documentul constatator nr. 102480 a fost emis la data de 20.12.2017 și publicat în SEAP la data de 05.01....., în mod evident cu nerespectarea dispozițiilor legale mai sus menționate.

Față de cele mai sus menționate, contestatorul precizează că a solicitat Ministerului Apărării - Unitatea Militară 02574, revocarea actului administrativ, urmând ca în cazul în care aceasta nu procedează la revocare, să solicite anularea pe calea contenciosului administrativ și obligarea autorității la plata daunelor interese pentru prejudiciile cauzate prin modalitatea nelegală și netemeinică de emitere a actului administrativ. Așadar, în contextul dat, contestatorul apreciază că autoritatea contractantă COMUNA ..... nu se poate prevala, în mod legal, de existența acestui document constatator având în vedere faptul că au s-au adus la cunoștință aceste aspecte și au fost depuse totodată, documente în probațiune.

De asemenea, contestatorul menționează că invocarea autorității contractante a prevederilor art. 167 alin. (1) lit. h) este eronată, întrucât textul legal se referă la transmiterea unor informații și declarații false cu ocazia răspunsului la solicitarea de clarificări a autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere și nu cu ocazia completării DUAE așa cum aceasta motivează în cuprinsul comunicării adresei nr. 2801/21.05.....

Contestatorul solicită Consiliului să constate că nu există o incidență a dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016 întrucât, în condițiile în care nu s-a știut de acest document constatator negativ, nu se poate imputa și nu poate fi considerat vinovat de declarații false nici cu privire la conținutul informațiilor transmise, nici cu privire la conținutul DUAE.

În ceea ce privește incidența, în speță, a dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, contestatorul menționează că a solicitat autorității contractante să reanalizeze îndeplinirea condițiilor pentru excluderea din procedură, însă fără un ..... în acest sens. Totodată, contestatorul apreciază că autoritatea contractantă nu a avut în vedere nici dispozițiile art. 171, alin. (3) din Legea nr. 98/2016

Contestatorul arată că potrivit documentului constatator nr. 102480, autorității contractante Ministerul Apărării - Unitatea Militară 02574 nu i-a fost cauzat nici un prejudiciu ca urmare a pretinsei neîndepliniri a obligațiilor contractuale de către SC ..... SRL.

Mai mult, contestatorul apreciază că nu se află în nici una dintre situațiile prevăzute de art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

În vederea soluționării contestației în cauză, prin adresa nr. 22722/.....-...../07.06....., Consiliul solicită autorității contractante, potrivit dispozițiilor art. 18 și 20 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în termen de 5 zile lucrătoare de la data primirii prezentei sub sancțiunea reglementată de art. 20 alin. (5) din actul normativ antemenționat, dosarul achiziției publice; DUAE contestator, documente de calificare; dovada respectării prevederilor art. 16 alin. (2) și art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016. În situația în care a adoptat vreo măsură de remediere după primirea contestației trimiterea dovezii respectării prevederilor art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 3131/11.06....., înregistrată la CNSC sub nr. 23744/13.06....., autoritatea contractantă transmite documentele solicitate, precum și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză, solicitând Consiliului respingerea acesteia ca neîntemeiată.

Autoritatea contractantă consideră că sunt eronate și nejustificate criticile contestatorului, precizând că în faza de evaluare DUAE, membrii comisiei de evaluare au luat la cunoștință despre documentul constatator nr. 102480 emis de autoritatea contractantă Ministerul Apărării - Unitatea Militară 02574, din care rezultă că aceasta din urmă a reziliat contractul de furnizare ca urmare a neîndeplinirii sarcinilor contractuale.

Totodată, autoritatea contractantă consideră că ofertantul se încadrează în situațiile de excludere prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016. De asemenea, aplicarea prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 nu este condiționată de existența unui prejudiciu monetar-financiar, simpla reziliere a unui contract ducând în mod automat la un prejudiciu economic. Autoritatea contractantă subliniază că a transmis solicitări de clarificări pentru a stabili și afla opinia contestatorului, constatând că acesta cunoștea situația de reziliere a contractului cu Ministerul Apărării - Unitatea Militară 02574, dar pe care nu îl contestase, iar o eventuală incorectitudine a Ministerului Apărării - Unitatea Militară 02574 față de operatorul economic contestator nu intră în atribuțiile autorității contractante, aceasta având obligația aplicării principiului tratamentului egal, față de toți ofertanții interesați de aceasta procedură.

În vederea soluționării contestației înregistrate la Consiliu sub nr. ...../....., în temeiul art. 20 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 cu modificările si completările ulterioare, prin adresa

22721/.....-...../07.06....., Consiliul solicită contestatorului ca în termen de 3 zile de la data comunicării prezentei, să transmită, în temeiul art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, modificată și completată prin OUG nr. 45/....., recipisa de consemnare a cauțiunii în original în cuantumul prevăzut de lege. Modalitatea de constituire a cauțiunii se va face conform art. 1057 cpc coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016 la Trezoreria Statului, la CEC Bank - S.A. sau la orice altă instituție de credit care efectuează astfel de operațiuni, pe numele părții respective, la dispoziția CNSC.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 23375/12.06....., contestatorul transmite, prin e-mail recipisa privind constituirea cauțiunii.

Ulterior, prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 23961/14.06....., acesta transmite, în original, recipisa privind constituirea cauțiunii.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **Consiliul constată următoarele**:

COMUNA ....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată online, într-o singură etapă, în vederea încheierii contractului de achiziție publică, având drept obiect: .....", cod CPV 43200000-5, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare simplificat nr. ...../....., conform căruia valoarea estimată a procedurii este 402.009,92 lei fără TVA. Conform cap. IV.2.1) din anunț, criteriul de atribuire al contractului este: „prețul cel mai scăzut".

Din adresa de comunicare ..... procedură nr. 2801/21.05....., Consiliul reține că SC ..... SRL a fost exclusă deoarece se încadrează în prevederile de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, având în vedere Documentul constatator nr. 102480.

În cadrul raportului intermediar al expertului cooptat nr. 118/ 11.05..... s-a menționat faptul că „s-a verificat dacă există certificate constatatoare în SEAP și s-a constatat existența unui document negativ emis de o autoritate contractantă – Ministerul Apărării – Unitatea Militară 02574. Acest certificat reflectă că sarcinile contractuale nu au fost îndeplinite. Document constatator numărul 102480 (...) Se vor solicita clarificări cu privire la acest aspect". Aceste aspecte au fost preluate de către membrii comisiei de evaluare nr. 2658/11.05..... sens în care a fost trimisă adresa nr. 2660/11.05.....

Răspunsul contestatorul a fost analizat în raportul intermediar al expertului cooptat nr. 127/19.05..... „ofertantul recunoscând existent

rezilierii contractului afirmând că este exclusiv vina beneficiarului / emitentului documentului constatator și că îl va acționa în judecată. Însă, nu se poate reține explicația dacă de către ofertant în condițiile în care ofertantul le-a indicat în răspunsul său, contestarea acestuia nefiind un motiv suficient pentru considerarea îndeplinirii condiției referitoare la art. 167 din Legea nr. 98/2016. Astfel oferta este considerată a fi respinsă". Aceste aspecte au fost preluate de către membrii comisiei de evaluare nr. 2799/21.05.....

Analizând documentul constatator numărul 102480 postat în SEAP la data de 05.01..... rezultă că acesta este emis de Ministerul Apărării – Unitatea Militară 02574 fiind înregistrat la aceasta sub nr. 3558/20.12.2017, emis cu privire la contractul nr. 654/21.06.2017 – contract subsecvent de furnizare – minitractor multifuncțional, acordul cadru nr. 21/19.12.2016 aflat la dosarul cauzei, Consiliul constată că acesta consemnează: „Opțiunea documentului constatator: - neîndeplinirea condițiilor contractuale obligatorii și specifice. Data finalizării contractului (pentru documentul constatator primar): 15.12.2017. (...) Alte precizări: Detalii privind obiectul contractului: Operatorul economic nu și-a îndeplinit obligațiile în conformitate cu prevederile pct. 8.1 din contract. În fapt, în conformitate cu constatările comisiei beneficiarului cuprinse în documentul emis cu ocazia efectuării activității de recepție, cele 6 produse supuse testelor și inspecțiilor nu au fost conforme din punct de vedere tehnic cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini și propunerea tehnică, prezentând o serie de lipsuri și deficiențe ce nu au putut fi remediate până la data finalizării contractului. Documentele emise la recepție nu au stabilit, fără echivoc, conformitatea produselor cu clauzele contractuale, în vederea îndeplinirii condițiilor de încheiere a livrării și efectuare a plății. Astfel, din totalul de 25 de produse care făceau obiectul contractului, 6 produse au fost neconforme din punct de vedere tehnic cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini și propunerea tehnică, iar 19 nu au fost livrate. În acest sens, Unitatea Militară 02574 București a întreprins măsurile necesare pentru executarea garanției de bună execuție".

În prezenta cauză, Consiliul va reține incidența următoarelor norme juridice*:*

- art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016: *„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";*
- art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016: *„Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: (...) g) operatorul economic și-a*

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

- art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016:, *„În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. g) se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/executarea unor produse/ servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract";*
- art. 171 alin. (1), (2), (3) și (5) din Legea nr. 98/2016: *„(1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere. (2) În cazul în care autoritatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire. (3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 le poate furniza autorității contractante, în sensul prevederilor alin. (1), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația, și la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite. (5) În cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a*

unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situațiile de excludere prevăzute la art. 164 și 167 nu se aplică: (...) b) dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant".

În soluționare Consiliul reține și faptul că prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) transpun prevederile art. 57 alin. (4) lit. g) din Directiva 2014/24/UE *„Autoritățile 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 următoarele situații: (...)* ***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***".

Motivul reglementării acestei cerințe de excludere se regăsește în cadrul considerentului 101 para. (2) și (3) al Directivei 2014/24/UE *„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 legate de plata impozitelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale, cu excepția unor dispoziții contrare dreptul intern.* ***Acestea 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 arătat deficiențe majore în ceea ce privește cerințele de fond****, de exemplu,* ***nerespectarea obligației*** *de* ***a 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 națională ar trebui să prevadă o durată maximă pentru aceste 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."

Față de aceste aspecte, Consiliul reține că atât legiuitorul comunitar cât și cel național (textele art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 fiind similare celor art. 57 alin. (4) lit. g) din Directiva nr. 2014/24/UE) a conferit autorității contractante competența:

- să constate **deficiențele semnificative** sau cele care persistă în **îndeplinirea obligațiilor de fond din cadrul unui contract de achiziții încheiat anterior**, **contract care ulterior** fie a fost reziliat, fie a implicat plata unor daune interese, **fie au fost aplicate alte sancțiune comparabile**; legiuitorul român definind la art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016 ce înțelege prin noțiunea de încălcări grave ale obligațiilor contractuale, definiție care a avut la bază teza finală a para. (2) și a para. (3) din cadrul considerentelor 101 din Directiva nr. 2014/24/UE antemenționate.

Prin folosirea conjuncției disjunctive *„sau*" în cadrul lit. g) alin. (1) art. 167 din Legea nr. 98/2016 legiuitorul a impus îndeplinirea unor **condiții alternative** și nu cumulative.

Față de aceste aspecte rezultă că atât legiuitorul comunitar cât și cel național, în cadrul noii directive în domeniul achizițiilor a dorit să facă o distincție clară între noțiunile de *„abatere profesională gravă*" și *„deficiențe semnificative ale obligațiilor contractuale*"

Față de cele de mai sus, Consiliul apreciază că, pentru a uza de dreptul conferit de norma legală mai sus reiterată respectiv de a exclude un ofertant din cadrul procedurii, autoritatea contractantă trebuie să verifice dacă sunt îndeplinite următoarele condiții cumulative:

- ofertantul să fi încălcat grav sau repetat în ultimii 3 ani obligațiile principale în cadrul unui contract de achiziție publică al unui contract de achiziții publice, de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior;
- încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale să fi condus la una din următoarele consecințe (sancțiuni): încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese, alte sancțiuni comparabile.

Condițiile cumulative arătate sunt completate de precizarea adusă prin art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, precizare citată mai sus, în sensul că perioada de timp scursă de la momentul la care s-au petrecut evenimentele (încălcările obligațiilor principale) să nu fi depășit o perioadă de 3 ani.

În același timp, alin. (8) al art. 167 din Legea nr. 98/2016, citat mai sus, aduce lămuriri asupra modului în care vor fi interpretate încălcările grave ale obligațiilor contractuale, prezentând exemple concrete, printre acestea regăsindu-se și **neexecutarea contractului**.

Referitor la mijloacele de probă de care dispun autoritățile contractante pentru verificarea incidenței art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, Consiliul va reține că, potrivit art. 166 alin. (3) și (4) din HG nr. 395/2016*, „(3) Autoritatea contractantă are următoarele obligații:*

a) să elibereze un exemplar al documentului constatator contractantului;

b) să păstreze un exemplar la dosarul achiziției publice" și „(4) Documentele constatatoare emise de către entitatea contractantă în conformitate cu prevederile alin. (1) și (2) pot fi contestate potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare".

Astfel, cum rezultă atât din dispoziții actuale cât și a celor anterioare, autoritatea avea și are obligația să emită un document constatator din care să rezulte îndeplinirea ori neîndeplinirea obligațiilor contractuale.

Susținerile contestatorului privind nelegalitatea documentului constatator nu vor fi reținute, întrucât Consiliul nu se poate pronunța cu privire la legalitatea acestora, iar potrivit art. 166 alin. (4) din HG nr. 395/2016 *„Documentele constatatoare emise de către entitatea contractantă în conformitate cu prevederile alin. (1) și (2) pot fi contestate potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare".*

De asemenea, potrivit art. 14 alin. (1) din Legea nr. 554/2004 *„În cazuri bine justificate și pentru prevenirea unei pagube iminente, o dată cu sesizarea, în condițiile art. 7, a autorității publice care a emis actul, persoana vătămată poate să ceară instanței competente să dispună suspendarea executării actului administrativ până la pronunțarea instanței de fond",* iar conform art. 15 alin. (1) din aceeași lege *„Suspendarea executării actului administrativ unilateral poate fi solicitată de reclamant și prin cererea adresată instanței competente pentru anularea, în tot sau în parte, a actului atacat. În acest caz, instanța va putea dispune suspendarea actului administrativ atacat, până la soluționarea definitivă și irevocabilă a cauzei. Cererea de suspendare se poate formula o dată cu acțiunea principală sau printr-o acțiune separată, până la soluționarea acțiunii în fond".*

Din analiza coroborată a textelor legale mai sus prezentate rezultă că documentele constatatoare, pe care autoritatea contractantă este obligată să le emită, sunt considerate acte administrative ce prezintă o situație de fapt, rolul lor fiind acela de a oferi informații cu privire la

capacitatea unui ofertant de a-și îndeplini în mod corespunzător obligațiile contractuale, fără a aduce prejudicii autorității contractante. Fiind vorba de un act administrativ unilateral, acesta, potrivit legii contenciosului administrativ, se bucură de prezumția de legalitate, autenticitate și veridicitate, trăsături care constituie fundamentul caracterului executoriu. Suspendarea efectelor actului administrativ poate fi dispusă de instanța de judecată în condițiile reglementate de art. 14 și 15 din Legea nr. 554/2004. Mai mult, din analiza documentelor aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată că împotriva acestui document constatator la momentul excluderii ofertei contestatorului de către comisia de evaluare contestatorul nu a întreprins niciun demers legal în vederea anulării acestuia sau a suspendării efectelor sale (deși au trecut cu cca. 5 luni de la data postării documentului constatator în SEAP).

Față de aceste aspecte și având în vedere faptul că la dosar nu au fost depuse alte înscrisuri, Consiliul constată că documentul constatator nr. 102480, până la pronunțarea unei hotărâri definitive și irevocabile sau revocarea lui de către autoritatea emitentă, este în vigoare și își produce efectele juridice.

Orice act administrativ are forță juridică obligatorie atât față de persoanele fizice sau juridice cărora și se adresează cât și față de autoritatea care l-a emis, ținută să-l respecte ea însăși, pe tot parcursul valabilității lui. Această obligativitate a actului administrativ derivă din faptul că el este dat pe baza și în executarea legii și, din această cauză, se bucură de prezumția de legalitate.

De asemenea, actul administrativ este executoriu de îndată, fără a fi necesară întocmirea unor formalități ulterioare, ca în cazul unei hotărâri judecătorești rămasă definitivă care, pentru a fi executată, trebuie investită cu formulă executorie.

Cu toate acestea există unele situații și condiții anume reglementate de lege, prin care aplicarea actului administrativ poate fi întrerupt temporar sau definitiv, respectiv în cazul suspendării, revocării și anulării actului administrativ.

Prin suspendare se înțelege situația în care actul administrativ, fără a fi desființat, nu se mai aplică în mod temporar și provizoriu. Suspendarea aplicării poate fi hotărâtă fie de organul emitent al actului, fie de către organul ierarhic superior, ceea ce în speță nu e cazul, deoarece nu există niciun înscris emis de autoritatea contractantă în acest sens.

Potrivit prevederilor art. 14 din Legea nr. 554/2004, SC ..... SRL avea posibilitatea ca, în cazuri bine justificate și pentru prevenirea unei

pagube iminente, după sesizarea, în condițiile art. 7 din același act normativ, a autorității publice care a emis actul sau a autorității ierarhic superioare, să ceară instanței competente să dispună suspendarea executării actului administrativ unilateral până la pronunțarea instanței de fond. Această cerere de suspendare se putea solicita și printr-o cerere separată și chiar anterior cererii adresată instanței competente pentru anularea, în tot sau în parte, a actului atacat, instanța având obligația de a soluționa cererea de suspendare, de urgență și cu precădere, cu citarea părților, suspendarea executării actului administrativ având ca efect încetarea oricărei forme de executare, până la expirarea duratei suspendării (în cazul în care persoana vătămată nu introduce acțiunea în anularea actului în termen de 60 de zile, suspendarea încetează de drept și fără nicio formalitate).

În speță, contestatorul nu a depus la dosarul cauzei nicio hotărâre pronunțată de către instanța judecătorească cu privire la suspendarea executării actului administrativ atacat până la soluționarea definitivă și irevocabilă a cauzei, hotărâre care ar fi fost executorie de drept.

Având în vedere aceste aspecte și ținând cont de faptul că actul administrativ, respectiv documentul constatator nr. 102480 nu a fost revocat (retras de către însăși organul care l-a emis ori ce către organul ierarhic superior acestuia sau de instanța de judecată) sau anulat (măsura luată de către organul ierarhic superior celui care a adoptat sau emis actul sau de instanța de judecată prevăzută de lege, care face să înceteze efectele juridice ale acestui act), la dosar nefiind depuse documente/ înscrisuri/alte mijloace de probă în acest sens, el își produce în continuare efecte juridice.

După cum a reținut și ***Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 2199 din 14 aprilie 2009***, actul administrativ se bucură de prezumția de legalitate, care, la rândul său, se bazează pe prezumția autenticității și veridicității, în același timp fiind și executoriu din oficiu.

Relevante asupra acestui aspect, sunt următoarele decizii ale instanțelor:

– decizia nr. 2148 din 29 octombrie 2012 [fiind vorba despre un act administrativ unilateral, documentul constatator emis de autoritatea contractantă se bucură de prezumția de legalitate, autenticitate și veridicitate], Curtea de Apel ....., Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;

– deciziile civile nr. 5095 din 27 octombrie 2015 (documentul constatator emis de autoritatea contractantă se bucură de prezumția de legalitate, autenticitate și veridicitate și produce toate efectele juridice în vederea cărora a fost emis, până la anularea lui de către instanța de judecată competentă), nr. 586 din 5 februarie 2016 (respingerea ofertei pe baza unui document ce constată neîndeplinirea corespunzătoare a obligațiilor contractuale anterioare este legală, chiar dacă pe rolul tribunalului există un litigiu privind documentul constatator, care se

bucură de prezumția de legalitate), Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal;

– decizia nr. 773 din 6 februarie 2012 (ofertant care nu și-a îndeplinit obligațiile contractuale anterioare față de autoritatea contractantă. Documentul constatator al neîndeplinirii obligațiilor beneficiază de prezumția de legalitate de care se bucură orice act administrativ până la anularea sa de către instanță și poate fi folosit în respingerea ofertei), Curtea de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal;

– decizia nr. 4372 din 13 noiembrie 2013 (simplul fapt al atacării la instanțele de judecată a documentelor constatatoare a neîndeplinirii obligațiilor ofertantei nu conduce la desființarea sau la suspendarea de drept a executării lor), Curtea de Apel Iași, Secția contencios administrativ și fiscal;

– decizia nr. 11034 din 18 decembrie 2013 (documentul constatator constituie un act administrativ, care se bucură de prezumția de legalitate, autenticitate și veridicitate. Efectele juridice ale documentului nu pot fi înlăturate de împrejurarea că petenta l-a atacat în contencios administrativ, cât timp nu există o hotărâre judecătorească definitivă de anulare a lui), Curtea de Apel Ploiești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal.

Analizând documentul constatator nr. 102480 Consiliul constată următoarele:

Referitor la prima condiție impusă de lege*: „ofertantul să fi încălcat grav sau repetat în ultimii 3 ani obligațiile principale în cadrul unui contract de achiziție publică al unui contract de achiziții publice, de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior”,* din cuprinsul documentului constatator invocat se constată că niciunul din cele 25 de produse care au făcut obiectul contractului nu au fost livrate din culpa ofertantului contractant, acesta nu și-a respectat obligațiile principale în cadrul contractului subsecvent nr. 654/21.06.2017, motivele imputate fiind detaliate în cadrul conținutului documentului constatator pct. 3.7 – Alte precizări mai sus menționat, așadar încălcarea obligațiilor principale prin însăși natura lor este gravă.

A doua condiție impusă de lege*: „încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale să fi condus la una din următoarele consecințe (sancțiuni): încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese, alte sancțiuni comparabile”,* din cuprinsul documentului constatator, se constată că Ministerul Apărării – Unitatea Militară 02574 confirmă că nerespectarea obligațiilor principale datorate culpei

contestatorului au avut ca și consecință întreprinderea de măsuri necesare pentru executarea garanției de bună execuție.

Rolul acestor documente constatatoare emise în baza legislației achizițiilor publice este de a oferi celorlalte autorități contractante informații cu privire la îndeplinirea/neîndeplinirea corespunzătoare de către ofertanți a obligațiilor asumate precum și cu privire la îndeplinirea cerințelor de calificare a acestora în ceea ce privește situația lor personală, astfel încât autoritatea contractantă s-a prevalat de existența acestui document constatator, potrivit dispozițiilor legale, pentru a exclude oferta contestatorului și pentru a evita repetarea unor situații care ar fi pus-o în imposibilitatea de a-și respecta furnizarea unui buldoexcavator.

În Decizia nr. 4407/2015, Curtea de Apel București a reținut că *„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-465/11 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 Odwotawcza (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 existentei 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 din urmă 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".

Consiliul nu va luat în considerare faptul că societatea contestatoare „a luat la cunoștință de existența și cuprinsul documentului constatator negativ nr. 102480 (...) odată cu comunicarea solicitării de clarificări nr. 2660/11.05....." având în vedere că acest înscris a fost postat în SEAP de la data de 05.01.....

În soluționare Consiliul nu va lua în considerare susținerile contestatorului *„nu și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziție, iar pretinsele încălcări nu au dus la încetarea anticipată a contractului de achiziție din culpa*" sa având în vedere următoarele considerente:

- contestatorul **nu și-a îndeplinit în integralitate contractul subsecvent,** acesta nelivrând niciunul din totalul de 25 de produse, deoarece 6 produse livrate au fost neconforme din punct de vedere tehnic cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini iar 19 nu au fost livrate.

Astfel în speță este evidentă încălcarea gravă a obligațiilor în condițiile în care contestatorul nu și-a îndeplinit niciuna dintre obligațiile principale contractuale.

- autoritatea contractantă nu este obligată să rezilieze contractului pentru a emite un document constatator negativ, care ulterior să constituie motiv de excludere în cadrul unei alte proceduri de atribuire;

- faptul că beneficiarul nu a ales ca și mijloc de sancționare, rezilierea contractului nu implică faptul că ofertantul contractant și-a îndeplinit obligațiile contractuale și că produsele au fost furnizate; în speță contractul subsecvent ajungând la termen, data finalizării contractului fiind 15.12.2017 iar autoritatea contractantă alegând să sancționeze contestatorul pentru neîndeplinirea contractului cu executarea garanției de bună execuție.

În mod evident că legiuitorul a prezumat a fi suficiente pentru ca operatorul să își dovedească credibilitatea, însă în speță, contestatorul

alegând că anexeze la notificare și la contestație doar adrese emise și trimise de și către Ministerul Apărării – Unitatea Militară 02574, fără a întreprinde alte demersuri.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. b) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare s-a făcut, în cazul ofertei contestatorului, cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, criticile acestuia privind nelegalitatea evaluării propriei sale oferte sunt nefondate, urmând să fie respinse.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în forma în vigoare la data depunerii contestației, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu COMUNA .....

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

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu COMUNA .....

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare	PREȘEDINTE	Consilier de soluționare
.....	.....	.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 16 (șaisprezece) pagini.