C.N.S.C.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

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. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) 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: ...

I. Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 3070/23.01.2018, formulată de către ..., reprezentată prin lider de asociere ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF ..., atribut fiscal RO, reprezentată legal prin ... și convențional prin ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la ..., în ..., împotriva deciziei de respingere a ofertei asocierii, declarată inacceptabilă, înregistrată sub nr. 4709/10.01.2018, emisă de către ..., în calitate de autoritatea contractantă, cu sediul în ..., în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului cadru de lucrări, având ca obiect „REABILITARE ȘI MODERNIZARE STRĂZI ȘI ALEI DIN ... (PT+EXECUȚIE) – ACORD-CADRU”, împărțită pe loturi, coduri CPV 45233000-9, 71322000-1, 71356200-0, **Lot 1 – Zona Nord** și **Lot 3 – Zona Vest contestate**, s-a solicitat anularea deciziei de respingere a ofertei contestatorului și, pe cale de consecință, reevaluarea documentației și ofertei depuse de asociere prin considerarea acestora ca fiind conforme și suficiente în dovedirea cerințelor documentației de atribuire.

II. Prin contestația nr. 1/22.01.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 3223/23.01.2018, formulată de către ..., reprezentată prin lider de asociere ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF ..., reprezentată legal prin ... și convențional prin ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la ..., în ..., împotriva deciziei de respingere a ofertei asocierii, declarată inacceptabilă, înregistrată sub nr. 4705/10.01.2018, emisă de către ..., în calitate de autoritatea contractantă, în cadrul aceleiași proceduri, **Lot 2 – Zona Sud-Est contestat**, s-a solicitat anularea deciziei de respingere a ofertei contestatorului și, pe cale de consecință, reevaluarea documentației și

ofertei depuse de asociere prin considerarea acestora ca fiind conforme și suficiente în dovedirea cerințelor documentației de atribuire.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, conform cărora contestațiile formulate în cadrul aceleiași etape a procedurii de atribuire vor fi conexate pentru a se pronunța o soluție unitară, Consiliul urmează să facă aplicarea acestora, conexând dosarele nr. ... și nr. ..., contestațiile înregistrate la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 3070/23.01.2018 și nr. 3223/23.01.2018, urmând a fi soluționate în cadrul dosarului nr. ...

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

I. Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația prin care ..., prin lider de asociere ..., critică decizia autorității contractante de respingere ca inacceptabilă a ofertei sale pentru **Lot 1 – Zona Nord** și **Lot 3 – Zona Vest**, solicitând cele evocate în preambulul prezentei decizii.

Contestatorul precizează că, prin adresa nr. 4709/10.01.2018, autoritatea contractantă a comunicat Asocierii ... -... ..., referitor la atribuirea acordului cadru având ca obiect „Reabilitare şi modernizare străzi şi alei din ... (PT + ex) - acord cadru: lot 1 - Zona Nord, lot 3 - Zona Vest”, încadrarea în motivul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 şi declararea ca inacceptabilă a ofertei Asocierii, în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din acelaşi act normativ.

În considerarea dispoziţiilor art. 6 alin. (1) din Lega nr. 101/2016, contestatorul a procedat la notificarea autorității contractante cu privire la solicitarea de remediere, în tot, a pretinsei încălcări a legislaţiei privind achiziţiile publice, înregistrată sub nr. 290/15.01.2018 și nr. 75/18.01.2018.

... învederează că, prin adresa nr. 8148/19.01.2018, autoritatea contractantă, ca răspuns la notificarea prealabilă, a precizat că nu va adopta măsuri de remediere.

... contestă, pentru nelegalitate şi netemeinicie, decizia de excludere şi de declarare ca inacceptabilă a ofertei asocierii, precum şi refuzul de remediere ca urmare a notificării prealabile.

Contestatorul consideră nejustificată decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale din cadrul procedurii de achiziţie publică, întrucât nu au fost întrunite cazurile de excludere pe care autoritatea contractantă şi-a întemeiat decizia, respectiv cele reglementate de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziţie publică.

... arată că nu sunt conforme realităţii menţiunile cuprinse în Documentul constatator nr. 1/25.072017 („Documentul constatator”) emis de Municipiul ..., înregistrat în SEAP sub nr. 90506/19.09.2017, menţiuni potrivit cărora Asocierea ... nu şi-ar fi îndeplinit în mod corespunzător obligaţiile contractuale, fiind de asemenea eronate clarificările oferite de autoritatea emitentă a documentului constatator în sensul că Asocierea *„nu a îndeplinit în mod corespunzător contractul în sensul că pe parcursul executării contractului au fost subcontractate fără acordul prealabil al Beneficiarului părţi importante din lucrare, fapt ce a condus la rezilierea contractului nr. ...”*.

De asemenea, documentul constatator nr. 1 din data de 25.07.2017 (90506/19.09.2017) nu este apt să ateste faptul că ... a încălcat în mod grav şi repetat obligaţiile contractuale principale.

Contestatorul învederează că documentul constatator este irelevant din punct de vedere juridic faţă de prezenta procedură de achiziţie publică şi nu produce efecte juridice prin simpla sa existenţă. În acest sens, arată că simpla publicare în SEAP a unui astfel de document unilateral ce cuprinde strict poziţia subiectivă a unei alte autorităţi contractante nu este apt să conducă în mod automat şi cu certitudine la concluzia că ... este răspunzătoare de încălcarea în mod grav şi repetat a obligaţiilor contractuale principale într-un raport contractual anterior.

Prin urmare, o eventuală decizie de excludere din cadrul unei proceduri de achiziţie publică întemeiată exclusiv pe un asemenea document unilateral ar fi artificială şi abuzivă, încălcând dispoziţiile legale din materia controlului efectuat asupra competitorilor eligibili în cadrul procedurilor de achiziţie publică prevăzute de Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice.

... subliniază că, în măsura în care autoritatea contractantă apreciază că există indicii cu privire la existenţa unui caz de încălcare în mod grav şi repetat a obligaţiilor contractuale principale de către participantul la procedura de achiziţie publică, aceasta are obligaţia de a efectua un control efectiv şi propriu în vederea clarificării acestui aspect, şi numai în urma acestei verificări prealabile, concrete, poate hotărî, după caz, excluderea participantului vizat de la procedura de achiziţie publică. Obligaţia de efectuare a unui control propriu de către autoritatea contractantă în ipoteza excluderii unui operator economic din cadrul licitaţiei în temeiul unui document constatator emis anterior de către altă autoritate contractantă are rolul de a preveni respingerile abuzive ale ofertelor.

Contestatorul arată că, în acest sens, pentru prevenirea unui astfel de tratament, ANRMAP (actuala ANAP) a decis să publice la data de 19.08.2015 o propunere de modificare a art. 97^1 din H.G. nr. 925/2006, prin care se stabileşte obligativitatea autorităţii contractante de a efectua un control propriu anterior excluderii operatorului economic în temeiul unui document constatator ce cuprinde neexecutări grave ale obligaţiilor contractuale săvârşite de către operatorul economic vizat. Drept urmare, prin art. 16 din H.G. nr. 66/2016, la art.

97[1] din H.G. nr. 925/2006 a fost adăugat alin. (2)[2] potrivit căruia *„Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligaţia de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condiţiilor cumulative prevăzute la art. 181 lit. c1) din ordonanţa de urgenţă”*.

... precizează că H.G. nr. 925/2006 a fost abrogată la data de 6 iunie 2016, urmare a intrării în vigoare a H.G. nr. 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice aferente Legii nr. 98/2016, insă obligaţia instituită în sarcina autorităţii contractante a fost preluată şi în noua reglementare, prin art. 166 alin. (8) din H.G. nr. 395/2016, astfel: *„(8) Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligaţia de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condiţiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege”*.

Mai mult decât atât, comisiile de evaluare au obligaţia de a avea în vedere şi jurisprudenţa europeană în situaţia incidenţei unui astfel de eventual motiv de excludere.

În acest sens, contestatorul invocă Hotărârea CJUE din 13 decembrie 2012, în cauza C-465/11, în procedura Forposta S.A., ABC Direct Contact sp. z o.o. împotriva Poczta Polska S.A., potrivit căreia, Curtea de Justiţie a considerat că: *„30. noţiunea „abatere gravă” trebuie să fie înţeleasă ca referindu-se în mod normal la un comportament al operatorului economic în cauză care denotă o intenţie culpabilă sau o neglijenţă de o anumită gravitate din partea sa. Astfel, orice executare incorectă, imprecisă sau defectuoasă a unui contract sau a unei părţi din acest contract poate demonstra eventual o competenţă profesională limitată a operatorului economic în cauză, dar nu echivalează în mod automat cu o abatere gravă; 31. constatarea existenţei unei „abateri grave” necesită, în principiu, efectuarea unei aprecieri concrete şi individualizate a atitudinii operatorului economic în cauză.”*

Contestatorul subliniază că, având în vedere faptul că legalitatea documentului constatator este pusă la îndoială şi face în prezent obiectul controlului instanţelor de judecată, se consideră deplin îndreptăţit să declare faptul că ... nu este răspunzătoare de nerespectarea obligaţiilor într-un raport contractual anterior, iar simpla existenţă a documentului constatator nu este în măsură să infirme cele declarate şi cu atât mai puţin să determine excluderea sa (şi pe cale de consecinţă a Asocierii) din cadrul prezentei proceduri de achiziţie publică. Menţiunile din cuprinsul documentului constatator, chiar și dacă ar reflecta realitatea, nu se circumscriu cazului de excludere reglementat de
art. 167 alin. (1) lit. g) privind încălcarea în mod grav sau repetat a obligaţiilor contractuale principale.

Mai precizează ... că ipotezele de excludere a unui operator economic de la procedura de achiziţie publică sunt expres şi limitativ prevăzute de dispoziţiile art. 164-171 din Legea nr. 98/2016.

Faţă de aceste dispoziţii şi în raport de documentul constatator, contestatorul precizează că ... nu se încadrează în niciunul dintre cazurile de excludere prevăzute de lege.

Contestatorul invocă dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 și arată că noţiunea de încălcări grave este definită prin art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016, respectiv: *„În sensul dispoziţiilor alin. (1) lit. g) se consideră încălcări grave ale obligaţiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/ executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformităţi majore care le fac improprii utilizării conform destinaţiei prevăzute în contract."* Chiar dacă prin articolul de lege sunt date cu titlul de exemplu, iar nu limitativ, fapte ce constituie încălcări grave ale obligaţiilor contractuale, este de domeniul evidenţei că şi pretinsa încălcare „gravă" din speţă trebuie să se situeze pe acelaşi palier ca şi cazurile exemplificate.

... precizează că, faţă de cele constatate prin documentul constatator, chiar şi dacă s-ar presupune ipotetic că acestea reflectă realitatea, se poate observa o gravitate vădit redusă ce nu ar putea atrage calificarea conduitei sale drept încălcare gravă conform dispoziţiilor anterior evocate.

Contestatorul precizează că, la punctul 8 din documentul constatator se poate observa că acesta nu este completat la rubricile obligatorii ce servesc la aprecierea conduitei contractuale a operatorului economic, ci se rezumă la a preciza, în mod incomplet, următoarele:

- că respectivul contract nu a fost executat în mod corespunzător - însă nu este motivat în niciun fel în ce a constat neexecutarea contractului, câmpurile destinate acestor menţiuni fiind necompletate (abaterile de la calitatea produselor/serviciilor/lucrărilor, nerespectarea termenelor contractuale, abateri de la respectarea normelor imperative incidente), autoritatea contractantă nu completează nici măcar câmpul *„altele"*;
- că a intervenit rezilierea contractului - însă nu este precizat şi nici nu rezultă din cuprinsul său care a fost în concret motivul care a determinat rezilierea și în ce mod a operat aceasta;
- că *„prejudiciile care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorităţii contractante"* sunt în cuantum de 2.345.229,70 lei - însă nu se precizează dacă prejudiciul a fost efectiv produs sau dacă există numai vocaţia de a fi produs, nici din neexecutarea căror obligaţii decurge şi nici care sunt criteriile avute în vedere la cuantificarea acestuia. În plus, autoritatea contractantă nu a făcut niciun demers legal pentru recuperarea acestui presupus prejudiciu, nu a introdus acţiune în instanţă şi nici nu a formulat cerere reconvenţională în dosarul nr. ... existent deja pe rolul instanţelor de judecată, în care are calitatea de pârâtă.

... reiterează că, chiar şi în ipoteza în care conţinutul documentului constatator ar corespunde realităţii, acesta tot nu ar putea constitui temei pentru a aprecia că ... ar fi răspunzătoare de încălcarea gravă a obligaţiilor contractuale.

... nu recunoaşte încălcările contractuale reclamate prin documentul constatator şi nici pretinsul prejudiciu ce ar decurge din acesta, pe care le consideră neconforme realităţii. În acest sens, aspectele consemnate în documentul constatator fac în prezent obiectul analizei de legalitate a instanţei de judecată, singura competentă să se pronunţe asupra îndeplinirii sau neîndeplinirii obligaţiilor contractuale, proceduri în care ... are calitatea de reclamantă.

Decizia de reziliere a contractului a fost comunicată de către Beneficiar prin Adresa nr. 1582 din data de 07.06.2017. Aceasta a fost întemeiată pe dispoziţiile clauzei 23.6 din contract, respectiv: *„Orice schimbare a subcontractorului fără aprobarea în prealabil în scris a Achizitorului sau orice încredinţare a serviciilor/lucrărilor de către subcontractant către terţe părţi va fi considerată o încălcare a prezentului contract”*, raportate la dispoziţiile clauzei 26.3 lit. a) din contract: *„Suplimentar faţă de cauzele de încetare definite mai sus, achizitorul poate rezilia contractul cu efecte depline (de jure) după acordarea unui preaviz de 15 zile executantului, fără necesitatea unei alte formalităţi şi fără intervenţia vreunei autorităţi sau instanţe de judecată, în oricare din situaţiile următoare, dar nelimitându-se la acestea: a) Executantul nu execută contractul în conformitate cu obligaţiile asumate”*.

... precizează că, la data de 07.06.2017 a primit notificarea de reziliere a contractului din partea Beneficiarului, susţinându-se că nu ar fi respectat obligaţiile asumate prin contract în sensul că ar fi subcontractat unei alte societăţi părţi din lucrare, fără acordul prealabil expres al beneficiarului. ... s-a opus acestei măsuri, arătând faptul că nu a încălcat obligaţia de a subcontracta cu terţi neaprobaţi de către Beneficiar, formulând în acest sens acţiune în faţa instanţei de judecată. În prezent, nelegalitatea notificării de reziliere, a actelor subsecvente acesteia, precum şi repararea prejudiciului cauzat ... fac obiectul dosarului nr. ... aflat pe rolul Tribunalului Vâlcea.

Contestatorul arată că autoritatea beneficiară a apreciat că asocierea al cărei lider era ... a procedat la înlocuirea unui subantreprenor, susţinând că au fost încălcate prevederile clauzei 23.6 din contract, însă aceste aprecieri sunt eronate întrucât presupusul terţ subcontractant (societatea ...) era, în realitate, un furnizor de bunuri care oferea şi serviciul de montare a bunului furnizat (în speţă fiind vorba de aparatură de termo-ventilaţie). Terţul era angajat în temeiul unui contract distinct de furnizare încheiat în mod valabil, potrivit clauzelor contractului încheiat cu autoritatea beneficiară şi despre care aceasta avea cunoştinţă. Astfel, în realitate, operaţiunea juridică în care a fost angajat terţul nu a fost aceea de înlocuire a unui subantreprenor. Mai mult, la data de 01.03.2016 (rezilierea survenind la 07.06.2017), Beneficiarul cunoştea existenţa în şantier a societăţii ... pe care a şi acceptat-o ca furnizor, predând frontul de lucru către acesta prin Procesul-verbal nr. 155 din 01.03.2016 cu antet ..., unde constructorul a semnat în calitate de Antreprenor General, iar predarea efectivă a fost realizată de către autoritatea beneficiară.

În acest mod, decizia de reziliere a fost dispusă printr-o greşită interpretare a prevederilor contractuale. ... menţionează că, prin adresa nr. 1280 din data de 15.09.2016, i-a fost formal solicitată natura relaţiei contractuale cu ..., iar în urma răspunsului asocierii, Beneficiarul a dorit să formuleze acceptarea formală a acestui prestator de servicii (în contextul în care tot Beneficiarul predase frontul de lucru către această societate la data de 01.03.2016).

În intervalul de la solicitarea beneficiarului de clarificare a relaţiilor contractuale (15.09.2016) până la rezilierea contractului au trecut 10 luni, perioadă în care a fost încheiat şi actul adiţional nr. 7 din data de 28.04.2017 de prelungire a perioadei de execuţie până la data de 24.10.2017. În acest interval (15.09.2016-07.06.2017), lucrările au fost suspendate la solicitarea Beneficiarului din lipsa serviciilor de dirigenţie de şantier. Prin urmare, nu au fost executate lucrări de instalaţii mecanice ca urmare a lipsei de fronturi de lucru, aspect ce se poate observa şi din constatarea emisă de IJC ... prin Procesul-verbal nr. 16693 din data de 25.05.2017, transmis de către Beneficiar prin adresa nr. 1574 din data de 30.05.2017, în care se face vorbire despre infiltraţiile de apă şi lipsa închiderii construcţiei. Toate aceste aspecte nu pot fi puse în sarcina antreprenorului general, acestea fiind contractate de către Beneficiar în mod direct cu o societate terţă, dar fără a exista o predare a frontului de lucru sau o autorizaţie de construcţie.

Contestatorul precizează că, ulterior acestui moment, autoritatea beneficiară a notificat societatea de asigurări, pretinzând cauzarea unor prejudicii materiale în cuantum de 2.345.299,07 lei. La rândul său, societatea de asigurări a solicitat clarificări de la Beneficiar cu privire la natura daunelor şi modul de calcul al acestora. Autoritatea beneficiară nu a răspuns nici până la acest moment la solicitarea de clarificări a societăţii de asigurări. De asemenea, autoritatea emitentă a documentului constatator nu a comunicat direct către ... faptul că a fost cauzat un astfel de prejudiciu şi nici nu a solicitat plata acestei sume.

Prin urmare, ... consideră că, atât timp cât instanţa nu va fi statuat prin hotărâre definitivă asupra acestor aspecte, menţiunile documentului constatator, precum şi justificările subiective ale emitentei sunt incerte sub aspectul veridicităţii şi irelevante din punct de vedere juridic, inclusiv faţă de prezenta procedură de achiziţie publică.

... subliniază că, drept urmare, nu poate fi reţinut nici motivul de excludere reglementat de art. 167 alin. (1) lit. h), întrucât în niciun raport contractual atribuit anterior, implicit nici în cel finalizat cu emiterea documentului constatator, nu și-a încălcat obligaţiile contractuale şi a executat întocmai şi la termen sarcinile stabilite. Documentul constatator a fost contestat pentru nelegalitate şi face în prezent obiectul controlului de legalitate efectuat de instanţa de judecată, prezentând grave vicii de legalitate, motiv pentru care asocierea a formulat acţiune în contencios administrativ împotriva acestui act unilateral.

Faţă de acest aspect, ... precizează că, la acest moment nu s-a stabilit existenţa unui prejudiciu de către o instanţă judecătorească, singura competentă să constate existenţa şi cuantumul acestuia.

Contestatorul arată că, în prezent, menţiunile din cuprinsul documentului constatator, respectiv nerespectarea obligaţiilor contractuale, legalitatea rezilierii contractului şi pretinsa cauzare a prejudiciului, fac obiectul dosarului nr. ... aflat pe rolul Tribunalului Vâlcea.

De asemenea, legalitatea emiterii documentului constatator și suspendarea acestuia este analizată în cadrul dosarului nr. ... aflat pe rolul Tribunalului Bucureşti, având ca obiect acţiunea în anularea actului administrativ, dosar ce a fost declinat la data de 10.01.2018 la Tribunalul Vâlcea.

... precizează că simpla consemnare în documentul constatator a faptului că a fost cauzat un prejudiciu nu echivalează cu producerea efectivă a acestuia, ci reprezintă o simplă pretenţie a autorităţii contractante MUNICIPIUL ... faţă de ..., pretenţie ce ar putea fi valorificată exclusiv prin intermediul instanţei de judecată chemate să constate dacă într-adevăr a avut loc încălcarea unor obligaţii contractuale care să fi cauzat un prejudiciu şi care ar fi, în concret, cuantumul acestuia. Or, MUNICIPIUL ... nu a întreprins până în prezent niciun demers legal împotriva Asocierii în vederea constatării prejudiciului şi acoperirii acestuia.

În realitate, ... a demarat procedurile judiciare în scopul dovedirii netemeiniciei aspectelor reţinute în documentul constatator şi în vederea anulării acestui act. Mai mult, nici în cadrul dosarului nr. ..., aflat pe rolul Tribunalului Vâlcea, care are ca obiect analiza temeiniciei aspectelor consemnate în documentul constatator, pârâtul, MUNICIPIUL ..., nu a formulat cerere reconvenţională prin care să solicite instanţei obligarea ... la plata sumei reclamate cu titlu de prejudiciu.

În acest sens, ... a formulat acţiune în justiţie de îndată ce autoritatea emitentă a dispus rezilierea contractului. Practic, nu a avut loc o fază prelitigioasă de conciliere în care să fie purtată o corespondenţă amplă cu privire la justificările autorităţii contractante în luarea acestei măsuri. În condiţiile în care, deşi contestate, nu există o hotărâre definitivă, autoritatea contractantă era ţinută şi ar fi trebuit să analizeze aspectele învederate de contestator. Doar urmare a unei analize efective ar fi putut proceda în mod legal şi temeinic la o excludere a ofertei Asocierii dar şi aceasta din urmă (excluderea) ar fi trebuit motivată şi nu doar încadrată, arătându-se motivele pentru care au fost înlăturate argumentele şi apărările ...

Contestatorul a arătat, prin adresa nr. 75/18.01.2018, în dezvoltarea motivelor invocate prin notificarea prealabilă, că autoritatea contractantă, prin decizia de excludere a ofertei depusă de Asociere, a înţeles să facă nelegal şi eronat aplicarea dispoziţiilor art. 167 lit. g) din Legea nr. 98/2016.

... solicită Consiliului să constate că documentul constatator nr. 1 în baza căruia a fost emisă decizia de excludere a ofertei sale este lipsit

de forţă probantă în condiţiile în care, astfel cum a detaliat prin notificare, nu este motivată sub aspectul abaterii/încălcării grave a clauzelor contractuale, dar nici sub aspectul caracterului cert al prejudiciului *(„prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorităţii contractante”*) și precizează că ar fi trebuit să se constate incidenţa în cauză a dispoziţiilor art. 171 din Legea nr. 98/2016.

Potrivit înştiinţării nr. 45761/1582/07.06.2017, UAT MUNICIPIUL ... a procedat la rezilierea contractului de execuţie lucrări nr. ... începând cu data de 22.06.2017, cu motivarea că *„pe parcursul executării contractului au fost subcontractate fără acordul în prealabil al beneficiarului părţi importante din lucrare”*, reţinându-se astfel încălcarea prevederilor art. 23 pct. 6 din Contract. Or, art. 23 pct. 6 prevede expres că *„orice schimbare a subcontractorului fără aprobarea prealabilă în scris a achizitorului sau orice încredinţare a serviciilor/ lucrărilor de către subcontractant către terţe părţi va fi considerată o încălcare a prezentului contract”*.

Contestatorul precizează că, în speţă, Asocierea ... are calitate de contractant/executant şi nu a schimbat niciun subcontractant cu sau fără aprobarea achizitorului, iar ceea ce se impută este o pretinsă subcontractare (și nu schimbare a subcontractorului), ceea ce excede clauzelor contractuale. Potrivit notificării înregistrată sub nr. 45761/1606/27.06.2017, emisă de UAT MUNICIPIUL ..., asocierea a înţeles să îşi asume garanţia de bună execuţie, încheind în acest sens o poliţă de asigurare nr. ... la ..., aceasta din urmă emiţând către UAT MUNICIPIUL ... scrisoare de garanţie de bună execuţie nr. ... până la concurenţa sumei de 2.345.299,70 lei, reprezentând 10% din valoarea contractului de execuţie de lucrări, orice sumă cerută fiind necesar să fie însoţită de o declaraţie cu privire la neîndeplinirea obligaţiilor ce revin contractantului ...

Cu precizarea că, această garanţie este valabilă până la data de 14.11.2021, contestatorul solicită constatarea admisibilității demersului său şi aprecierea dovezilor şi clarificările sale suficiente pentru demonstarea în concret a credibilităţii ofertantului ..., operator economic care, raportat la contractul de execuţie lucrări nr. ... încheiat cu UAT MUNICIPIUL ..., a înţeles să îşi asume riscul obligaţiei de plată a despăgubirilor pentru eventualele prejudicii generate de executarea lucrărilor contractate.

... învederează că a răspuns corect şi complet solicitărilor de clarificări, iar în raport de prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016, în baza căruia oferta sa a fost declarată inacceptabilă, informaţiile furnizate au fost corecte și complete deoarece Certificatul Constatator a fost contestat de ... (instanţa nu a soluţionat până la acest moment cererea sa), precum și pentru că existenţa prejudiciului nu a fost încă stabilită şi face și aceasta obiectul unei acţiuni în justiţie aflată în stadiul judecăţii în primă instanţă. Astfel, având în vedere intervalul scurt de timp scurs de la emiterea documentului constatator, nu a fost pronunţată la acest moment o hotărâre judecătorească

definitivă, ... neputând, din motive obiective, să prezinte astfel de documente.

În plus, ... precizează că, în opinia CNSC, nemenționarea certificatului constatator în DUAE nu reprezintă, în sine, furnizarea de informaţii incorecte autorității contractante, deoarece se apreciază că operatorul economic (...) nu consideră că se încadrează în prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, așa cum a arătat în prezenta Notificarea prealabilă.

Contestatorul menţionează că orice potenţială decizie de excludere de la prezenta procedură de achiziţie publică pe baza documentului constatator este vădit abuzivă şi nelegală şi încalcă în mod flagrant dispoziţiile imperative ale Legii nr. 98/2016 în materia excluderii competitorilor.

În considerarea argumentelor învederate prin notificarea prealabilă şi prin contestaţie, ... solicită constatarea ca fiind incidente în cauză dispoziţiile art. 171 din Legea nr. 98/2016, constatarea ca dovedită în concret credibilitatea asocierii şi, pe cale de consecinţă, să se dispună anularea deciziei de excludere a ofertei depusă, reevaluarea documentaţiei şi ofertei depusă ca fiind conforme şi suficiente în dovedirea cerinţelor documentaţiei de atribuire.

În drept, contestatorul invocă Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, H.G. nr. 395/2016, Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 12344/01.02.2018, înregistrată la CNSC cu nr. 4456/01.02.2018, ... a transmis punctul de vedere cu privire la contestația înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 12344/22.01.2018, depusă de către ofertantul Asocierea ..., prin lider de asociere ...

Autoritatea contractantă precizează că, în urma verificării DUAE, comisia de evaluare a solicitat clarificări ofertanţilor, inclusiv contestatorului Asocierea ... Astfel, prin adresa nr. 152481/30.10.2017 și, respectiv, adresa nr. 166517/22.11.2017, autoritatea contractantă a solicitat prin intermediul SEAP, clarificări cu privire la DUAE contestatoarei Asocierea ...

Contestatorul a răspuns solicitărilor de clarificări prin răspunsurile postate în SEAP în data de 02.11.2017 şi în data de 27.11.2017.

Analizând răspunsurile la solicitările de clarificări, comisia de evaluare a considerat că ofertantul Asocierea ... se încadrează în motivul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2017 şi a declarat inacceptabilă oferta Asocierii în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016.

... precizează că, în conformitate cu prevederile art. 65 din H.G. nr. 395/2016, comisia de evaluare a comunicat prin intermediul SEAP rezultatul verificării DUAE, detaliind în mod clar motivele pentru care oferta contestatorului a fost respinsă, cu adresa nr. 4705/10.01.2018.

În conformitate cu prevederile art. 6 din Legea 101/2016, Asocierea ... a depus Notificarea prealabilă cu adresa din data de 15.01.2018, înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 8151/16.01.2018, prin care aceasta a contestat comunicarea autorității

contractante nr. 4705/10.01.2018. Cu adresa nr. 8151/19.01.2018, autoritatea contractantă a răspuns contestatorului că nu va adopta măsuri de remediere.

Autoritatea contractantă învederează că, contestaţia depusă de către operatorul economic Asocierea ... este nefondată şi solicită respingerea acesteia, precizând că, în urma analizării DUAE, oferta contestatorului a fost respinsă din următoarele motive:

Referitor la Documentul constatator nr. 1/25.07.2017 emis pentru Asocierea ... – ..., în cadrul DUAE, la Partea III: Motive de excludere, punctul C: Motive legate de insolvenţă, conflicte de interese sau abateri profesionale, la întrebarea „Operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă?, asociatul ... a declarat „NU”.

În urma verificărilor Comisiei de evaluare în SEAP la secţiunea Administrare/Documente constatatoare s-a constatat că Municipiul ..., în calitate de autoritate contractantă, a emis pentru Asocierea ... – ..., Documentul constatator nr. 1 din 25.07.2017, pentru contractul de achiziţie publică nr. ... având ca obiect: lucrări de construcţii în cadrul proiectului „Reabilitare şi modernizare bază agrement ... în municipiul ...”.

Din analiza acestui document constatator s-a constatat că Asocierea ... – ... nu a îndeplinit în mod corespunzător contractul nr. ..., acesta fiind reziliat şi au fost constatate prejudicii în valoare de 2.345.299,70 lei.

Ca urmare a celor constatate, Comisia de evaluare, cu adresa nr. 152481/30.10.2017 şi nr. 166517/22.11.2017, a solicitat contestatorului următoarele:

- să clarifice neconcordanţa dintre faptul că în cadrul DUAE, la întrebarea „Operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă? (...)”, asociatul ... a declarat „NU” şi Documentul constatator nr. 1/25.07.2017, în care se precizează că Asocierea ... – ... nu a îndeplinit în mod corespunzător contractul şi ca au fost aduse prejudicii.”;

- să prezinte dovezi privind efectuarea de către Asocierea ... – ... a plăţii prejudiciilor sau asumarea obligaţiei de plată în ceea ce priveşte prejudiciile cauzate, precum şi clarificarea în mod complet a faptelor şi împrejurărilor care au condus la emiterea Documentului constatator nr. 1 din 25.07.2017, din care rezultă că a fost reziliat contractul şi au fost stabilite prejudicii în valoare de 2.345.229,70 lei;

- să prezinte, dacă există, Hotărâri judecătoreşti definitive, care să fi anulat şi/sau suspendat executarea actului administrativ, respectiv a documentului constatator nr. 1 din 25.07.2017.

De asemenea, Comisia de evaluare a solicitat un punct de vedere de la Primăria Municipiului ....

Autoritatea contractantă subliniază că, analizând răspunsul contestatorului la solicitările de clarificări, precum şi răspunsul Primăriei Municipiului ..., Comisia de evaluare a constatat următoarele:

Municipiul ..., în calitate de autoritate contractantă, a emis pentru Asocierea ... – ..., Documentul constatator nr. 1 din 25.07.2017, pentru

contractul de achiziţie publică nr. ... având ca obiect: lucrări de construcţii în cadrul proiectului „Reabilitare şi modernizare bază agrement ... în municipiul ...”. Din analiza acestui document constatator rezultă că Asocierea ... – ... nu a îndeplinit în mod corespunzător contractul nr. ..., acesta fiind reziliat şi au fost constatate prejudicii în valoare de 2.345.299,70 lei.

În răspunsul la adresa nr. 166378/22.11.2017, Primăria Municipiului ... a precizat următoarele:

a) În data de 07.06.2017 a notificat constructorul, respectiv Asocierea ... (lider) – ... cu privire la rezilierea contractului de lucrări nr. ... începând cu data de 22.06.207, având în vedere că pe parcursul executării contractului au fost subcontractate fără acordul prealabil al beneficiarului părţi importante din lucrare.

b) Astfel, ca urmare a rezilierii contractului, a fost emis, în data de 25.07.2017, Documentul constatator nr. 1/29374. Acesta a fost transmis Asocierii ... (lider) – ... în data de 28.07.2017 şi primit de către acesta în data de 02.08.2017.

c) Documentul constatator a fost postat în SEAP în data de 19.09.2017.

d) Prin cererea de chemare în judecată, depusă la Tribunalul Vâlcea, ... a solicitat anularea Notificării de reziliere prin care s-a comunicat rezilierea Contractului de execuţie lucrări nr. .... Totodată, s-a solicitat anularea tuturor actelor subsecvente emise drept urmare a rezilierii invocate. Până la această dată nu a fost finalizat litigiul din cadrul dosarului nr. ....

- Conform Portal - Tribunalul Vâlcea - Informaţii dosar, rezultă că ... a contestat documentul constatator în data de 08.08.2017.

- Potrivit prevederilor art. 166 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016, Documentele constatatoare emise de către entitatea contractantă în conformitate cu prevederile alin. (1) şi (2) se publică în SEAP, după expirarea termenelor de contestare prevăzute de Legea nr. 554/2004, cu modificările şi completările ulterioare.

În concluzie, autoritatea contractantă Municipiul ... a precizat că a reziliat contractul de lucrări nr. ... deoarece pe parcursul executării contractului au fost subcontractate fără acordul prealabil al beneficiarului părţi importante din lucrare, acest fapt ducând la rezilierea contractului şi la neîndeplinirea acestuia.

Totodată, prin documentul constatator s-a stabilit că au fost constatate prejudicii în valoare de 2.345.299,70 lei, iar în prezent acest prejudiciu face obiectul unei acţiuni în justiţie aflată în stadiul judecăţii în prima instanţă şi nefiind pronunţată până la acest moment o hotărâre judecătorească definitivă.

... subliniază că, astfel, se dovedeşte că Asocierea ... (lider) – ... şi-a încălcat în mod grav obligaţiile principale ce-i reveneau în cadrul contractului de lucrări nr. ... şi nici nu furnizează dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-şi demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere. Prin urmare, comisia de evaluare a constatat că este îndeplinită prima

condiţie - şi-a încălcat în mod grav sau repetat obligaţiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziţie publica - instituită de prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2017.

Autoritatea contractantă învederează că, contrar celor susţinute de către contestator, având în vedere, pe de o parte, că art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 nu impune, ca şi condiţie obligatorie în luarea deciziei de excludere din procedura de atribuire existența unei hotărâri definitive şi irevocabile de anulare/suspendare a documentului constatator, iar pe de altă parte, faptul că documentul constatator este un act administrativ ce are caracter executoriu dacă nu a fost suspendat de instanţă, se consideră că dispoziţiile acestuia produc efecte din momentul emiterii lui.

Referitor la cea de-a doua condiţie impusă de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 - aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancţiuni comparabile - din analiza Documentului constatator nr. 1/25.07.2017, Comisia de evaluare a constatat că a fost reziliat contractul şi că au fost stabilite prejudicii în valoare de 2.345.299,70 lei. Documentul constatator indică, dincolo de orice echivoc, aspectul că neîndeplinirea obligaţiilor contractuale a adus un prejudiciu pentru autoritatea contractantă Municipiul ....

... precizează că, din răspunsul la solicitarea de clarificări rezultă că ... a solicitat în instanţă suspendarea Documentului constatator, dar până la această dată nu a prezentat o Hotărâre care să ateste că o instanţă a dispus suspendarea acestuia. Ca urmare, actul administrativ îşi produce efectele din momentul emiterii lui, astfel fiind aplicabile prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2017. În acelaşi timp, încălcările grave ale obligaţiilor contractuale se încadrează în perioada ultimilor trei ani, având în vedere că Documentul constatator a fost emis în data de 25.07.2017, iar măsurile prezentate de către contestator, respectiv litigiile în curs de soluţionare nu sunt suficiente pentru demonstrarea credibilităţii asociatului ...

Prin urmare, pentru motivele mai sus arătate, Comisia de evaluare a considerat ca Asocierea ... se încadrează în motivul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 şi a declarat inacceptabilă oferta Asocierii, în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (2) lit. b).

... menţionează că a adresat o solicitare de clarificări Agenţiei Naţionale pentru Achiziţii Publice, iar în răspunsul transmis de aceasta precizează următoarele:

„Având în vedere solicitarea dumneavoastră, în raport cu prevederile legale aplicabile, instituţia noastră este în măsură să precizeze următoarele:

Pentru început, vă informăm că pe website-ul www. achizitiipublice. sov.ro, la secţiunea „interactivitate" - căsuţa „Biblioteca de spete/ întrebari frecvente", se regăsesc răspunsurile instituţiei noastre la întrebări adresate de autorităţi/entităţi contractante şi operatori economici.

În acest sens, vă precizăm că la categoria „13. Elaborarea dosarului achiziţiei publice” din cadrul „Bibliotecii de spețe/întrebări frecvente” anterior precizate, instituţia noastră şi-a exprimat opinia vizavi de obligaţia autorității contractante de a excude din procedura de atribuire un ofertant aflat în situaţia prevăzută de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

În continuare, cu privire la situaţia punctuală prezentată (contestarea în instanţă de către operatorul economic a documentului constatator negativ în discuţie, precum şi solicitarea de către acesta a „suspendării executării Certificatului constatator (...) până la soluţionarea definitivă şi irevocabilă a cauzei”), având în vedere prevederile art. 14 alin. 17 din Legea nr 554/2016 potrivit căruia «Suspendarea executării actului administrativ are ca efect încetarea oricărei forme de executare, până la expirarea duratei suspendării» precum şi prevederile art. 15 din acelaşi act legislativ, vă comunicăm că dispoziţiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 rămân fără efecte, în contextul admiterii de către instanţa competentă a cererii de suspendare a executării certificatului constatator în discuţie, până la pronunţarea instanţei pe fondul cauzei ori în ipoteza admiterii acţiunii de fond până la soluţionarea definitivă si irevocabilă a cauzei.”

... precizează că, până la această dată, contestatorul nu a prezentat o Hotărâre care să ateste că o instanţă a dispus suspendarea/anularea Documentului constatator nr. 1/25.07.2017, emis de Municipiul .... În atare situaţie, singura în măsura a se pronunţa cu privire la împrejurările legate de starea de fapt şi de drept, care sunt de natură să creeze o îndoială serioasă în privinţa legalităţii actului administrativ, este instanţa de judecată, care de altfel a şi fost învestită în acest sens. Aşadar, până la pronunţarea unei hotărâri judecătoreşti de suspendare/anulare a executării actului administrativ (documentul constatator), acesta se bucură de prezumţia de legalitate. Această prezumţie are anumite trăsături, conferind caracter autentic şi caracter veridic actelor administrative.

Astfel, având în vedere cele susmenţionate, susţinerile contestatorului sunt nefondate şi neîntemeiate şi, pe cale de consecinţă, autoritatea contractantă, respectând prevederile legale în materia achiziţiilor publice şi fără să aducă atingere principiilor reglementate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, solicită respingerea contestaţiei formulată de operatorul economic ..., ca nefondată.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. 7564/23.02.2018, ... a transmis „Concluzii scrise” în care reiterează argumentele din cuprinsul contestației și arată următoarele:

Prin punctul de vedere înaintat de ... se solicită respingerea contestației ca nefondată, autoritatea contractantă arătând că, în condițiile în care, urmare a solicitărilor de clarificări, Asocierea contestatoare nu a prezentat dovezi de plată a prejudiciilor ori de asumare a obligațiilor de plată și nu a prezentat o hotărâre judecătorească definitivă care să fi anulat/suspendat Documentul

Constatator nr. 1/25.07.2017, iar U.A.T. Municipiul ... a precizat că a reziliat contractul de lucrări nr. ... urmare a subcontractării unor părți importante din lucrare fără acordul beneficiarului.

Contestatorul învederează că autoritatea contractantă a concluzionat în mod eronat că sunt aplicabile prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, în cauză fiind incidente dispozițiile art. 171 din Legea nr. 98/2016, ... furnizând suficiente dovezi în sensul demonstrării credibilității sale raportat la motivele de excludere. Nu se impută ofertantei ... niciun fel de nerespectare în executarea unui contract de achiziție publică sub aspect cantitativ și calitativ.

... arată că documentul constatator ce stă la baza excluderii ofertantului este nemotivat, la rândul său fiind contestat a fi anulat/suspendat.

Contestatorul subliniază că legiuitorul, în mod expres, a statuat publicarea în SEAP a acestui document doar după expirarea termenului de contestație. Or, simpla respectare a acestei condiții rămâne lipsită de orice efect dacă, deși a fost contestat, acest document continuă, în aprecierea autorităților, să se bucure de o forță probantă absolută.

În opinia ..., nu se poate absolutiza un drept în detrimentul unui alt drept legal câtă vreme legalitatea Documentului Constatator urmează a face obiectul analizei instanței de judecată. Doar astfel poate fi respectat principiul egalității de tratament juridic.

Contestatorul precizează că aceasta este interpretarea care se desprinde și din art. 57 (motive de excludere) a Directivei 2014/24UE a Parlamentului European și a Consiliului privind Achizițiile Publice și invocă prevederile art. 6 din același act normativ.

... arată că a adus dovezi plauzibile, relevante, prin care a dovedit că nu a săvârșit o abatere gravă în executarea unui contract de achiziție publică și, de principiu, s-a angajat să plătească o compensație (a se vedea polița de asigurare) în ceea ce privește eventualele prejudicii ce ar urma a fi constatate.

II. Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația prin care ..., prin lider de asociere ..., critică decizia autorității contractante de respingere ca inacceptabilă a ofertei sale pentru **Lot 2 – Zona Sud-Est**, solicitând cele evocate în preambulul prezentei decizii.

Contestatorul precizează că, prin adresa nr. 4705/10.01.2018, autoritatea contractantă a comunicat Asocierii, referitor la atribuirea acordului cadru având ca obiect „Reabilitare şi modernizare străzi şi alei din Municipiului Craiova (PT+ex) - acord cadru”: LOT 2 - Zona Sud -Est”, încadrarea în motivul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 şi declararea ca inacceptabilă a ofertei Asocierii, în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din acelaşi act normativ.

... învederează că, în considerarea dispoziţiilor art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a procedat în data de

15.01.2018 la notificarea autorităţii contractante cu privire la solicitarea de remediere, în tot, a pretinsei încălcări a legislaţiei privind achiziţiile publice. Prin adresa nr. 8151/19.01.2018, autoritatea contractantă, ca răspuns la notificarea prealabilă, a precizat că nu va adopta măsuri de remediere ca urmare a notificării prealabile formulate de Asocierea ... - ... - ... - ...

Contestatorul consideră nejustificată decizia autorităţii contractante de excludere a ofertei sale din cadrul procedurii de achiziţie publică, întrucât nu au fost întrunite cazurile de excludere pe care autoritatea contractantă şi-a întemeiat Decizia, respectiv cele reglementate de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016.

... arată că nu sunt conforme realităţii menţiunile cuprinse în Documentul constatator nr. 1/25.072017 („Documentul constatator") emis de Municipiul ..., înregistrat în SEAP sub nr. 90506/19.09.2017, menţiuni potrivit cărora Asocierea ... - ... nu şi-ar fi îndeplinit în mod corespunzător obligaţiile contractuale, fiind de asemenea eronate clarificările oferite de autoritatea emitentă a Documentului constatator în sensul că Asocierea *„nu a îndeplinit în mod corespunzător contractul în sensul că pe parcursul executării contractului au fost subcontractate fără acordul prealabil al Beneficiarului părţi importante din lucrare, fapt ce a condus la rezilierea contractului nr. ..."*.

Contestatorul învederează că documentul constatator numărul 1 din data de 25.07.2017 (90506/19.09.2017) nu este apt să ateste faptul că ... a încălcat în mod grav şi repetat obligaţiile contractuale principale.

În primul rând, Documentul constatator este irelevant din punct de vedere juridic faţă de prezenta procedură de achiziţie publică şi nu produce efecte juridice prin simpla sa existenţă.

În acest sens, simpla publicare în SEAP a unui astfel de document unilateral ce cuprinde strict poziţia subiectivă a unei alte autorităţi contractante nu este aptă să conducă în mod automat şi cu certitudine la concluzia că ... este răspunzătoare de încălcarea în mod grav şi repetat a obligaţiilor contractuale principale într-un raport contractual anterior. Prin urmare, o eventuală decizie de excludere din cadrul unei proceduri de achiziţie publică întemeiată exclusiv pe un asemenea document unilateral ar fi artificială şi abuzivă, încălcând dispoziţiile legale din materia controlului efectuat asupra competitorilor eligibili în cadrul procedurilor de achiziţie publică prevăzute de Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice. În măsura în care autoritatea contractantă apreciază că există indicii cu privire la existenţa unui caz de încălcare în mod grav şi repetat a obligaţiilor contractuale principale de către participantul la procedura de achiziţie publică, aceasta are obligaţia de a efectua un control efectiv şi propriu în vederea clarificării acestui aspect, şi numai în urma acestei verificări prealabile, concrete poate hotărî, după caz, excluderea participantului vizat de la procedura de achiziţie publică.

... precizează că, în acest sens, pentru prevenirea unui astfel de tratament, ANRMAP (actuala ANAP) a decis să publice la data de 19.08.2015, o propunere de modificare a art. 97^1 din H.G. nr. 925/2006, prin care se stabileşte obligativitatea autorităţii contractante de a efectua un control propriu anterior excluderii operatorului economic în temeiul unui document constatator ce cuprinde neexecutări grave ale obligaţiilor contractuale săvârşite de către operatorul economic vizat.

Drept urmare, prin art. 16 din H.G. nr. 66/2016, la art. 97^1 din H.G. nr. 925/2006 a fost adăugat alin. $(2)^2$ potrivit căruia *„Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligaţia de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condiţiilor cumulative prevăzute la art. 181 lit. c1) din ordonanţa de urgenţă”*. H.G. nr. 925/2006 a fost abrogată la data de 6 iunie 2016, urmare a intrării în vigoare a H.G. nr. 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice aferente Legii nr. 98/2016, însă obligaţia instituită în sarcina autorităţii contractante a fost preluată şi în noua reglementare.

Contestatorul invocă dispozițiile art. 166 alin. (8) din H.G. nr. 395/2016 și precizează că, comisiile de evaluare au obligaţia de a avea în vedere şi jurisprudenţa europeană în situaţia incidenţei unui astfel de eventual motiv de excludere, sub acest aspect fiind relevantă şi Hotărârea CJUE din 13 decembrie 2012, în cauza O465/11, în procedura Forposta SA, ABC Direct Contact sp. z o.o. împotriva Poczta Polska SA.

... învederează că, deoarece legalitatea Documentului constatator este pusă la îndoială şi face în prezent obiectul controlului instanţelor de judecată, Asocierea se consideră deplin îndreptăţită să declare faptul că ... nu este răspunzătoare de nerespectarea obligaţiilor într-un raport contractual anterior, iar simpla existenţă a documentului constatator nu este în măsură să infirme cele declarate şi cu atât mai puţin să determine excluderea sa (şi pe cale de consecinţă a Asocierii) din cadrul prezentei proceduri de achiziţie publică.

Contestatorul arată că menţiunile din cuprinsul documentului constatator, chiar şi dacă ar reflecta realitatea, nu se circumscriu cazului de excludere reglementat de art. 167 alin. (1) lit. g) privind încălcarea în mod grav sau repetat a obligaţiilor contractuale principale. Ipotezele de excludere a unui operator economic de la procedura de achiziţie publică sunt expres şi limitativ prevăzute de dispoziţiile art. 164 - art. 171 din Legea nr. 98/2016. Faţă de aceste dispoziţii şi în raport de Documentul constatator, ... nu se încadrează în niciunul dintre cazurile de excludere prevăzute de lege.

... precizează că, raportat la cazul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) pe care se întemeiază Decizia, se impun următoarele precizări:

Potrivit acestui text, *„Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele*

situaţii: [...] g) operatorul economic şi-a încălcat în mod grav sau repetat obligaţiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziţii publice, al unui contract de achiziţii 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 sancţiuni comparabile;". Noţiunea de încălcări grave este definită prin art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016 și, chiar dacă prin articolul de lege sunt date cu titlul de exemplu, iar nu limitativ, fapte ce constituie încălcări grave ale obligaţiilor contractuale, este de domeniul evidenţei că şi pretinsa încălcare „gravă" din speţă trebuie să se situeze pe acelaşi palier ca şi cazurile exemplificate. Faţă de cele constatate prin Documentul constatator, chiar şi dacă s-ar presupune ipotetic că acestea reflectă realitatea, se poate observa o gravitate vădit redusă ce nu ar putea atrage calificarea conduitei contestatorului drept încălcare gravă conform dispoziţiilor anterior evocate.

... învederează că, la punctul 8 din Documentul constatator, acesta nu este completat la rubricile obligatorii ce servesc la aprecierea conduitei contractuale a operatorului economic, ci se rezumă la a preciza, în mod incomplet următoarele:

- că respectivul contract nu a fost executat în mod corespunzător - însă nu este motivat în niciun fel în ce a constat neexecutarea contractului, câmpurile destinate acestor menţiuni fiind necompletate (abaterile de la calitatea produselor/serviciilor/lucrărilor, nerespectarea termenelor contractuale, abateri de la respectarea normelor imperative incidente), autoritatea contractantă nu completează nici măcar câmpul „ altele

- că a intervenit rezilierea contractului - însă nu este precizat şi nici nu rezultă din cuprinsul său care a fost în concret motivul care a determinat rezilierea si în ce mod a operat aceasta;

- că *„prejudiciile care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorităţii contractante"* sunt în cuantum de 2.345.229,70 lei - însă nu se precizează dacă prejudiciul a fost efectiv produs sau dacă există numai vocaţia de a fi produs, nici din neexecutarea căror obligaţii decurge şi nici care sunt criteriile avute în vedere la cuantificarea acestuia. În plus, autoritatea contractantă MUNICIPIUL ... nu a făcut niciun demers legal pentru recuperarea acestui presupus prejudiciu, nu a introdus acţiune în instanţă şi nici nu a formulat cerere reconvenţională în dosarul nr. ..., existent pe rolul instanţelor de judecată, în care are calitatea de pârâtă.

Contestatorul precizează că ... nu a recunoscut încălcările contractuale reclamate prin Documentul constatator şi nici pretinsul prejudiciu ce ar decurge din acesta, pe care le consideră neconforme realităţii. În acest sens, aspectele consemnate în Documentul constatator fac în prezent obiectul analizei de legalitate a instanţei de judecată, singura competentă să se pronunţe asupra îndeplinirii sau neîndeplinirii obligaţiilor contractuale, proceduri în care ... are calitatea de reclamantă.

... arată că decizia de reziliere a contractului a fost comunicată de către Beneficiar prin adresa nr. 1582 din data de 07.06.2017, fiind întemeiată pe dispoziţiile clauzei 23.6 din contract, potrivit căreia *„Orice schimbare a subcontractorului fără aprobarea în prealabil în scris a Achizitorului sau orice încredinţare a serviciilor/ lucrărilor de către subcontractant către terţe părţi va fi considerată o încălcare a prezentului contract”*, raportate la dispoziţiile clauzei 26.3 lit. a) din contract: *„Suplimentar faţă de cauzele de încetare definite mai sus, achizitorul poate rezilia contractul cu efecte depline (de jure) după acordarea unui preaviz de 15 zile executantului, fără necesitatea unei alte formalităţi şi fără intervenţia vreunei autorităţi sau instanţe de judecată, în oricare din situaţiile următoare, dar nelimitându-se la acestea: a) Executantul nu execută contractul în conformitate cu obligaţiile asumate”*.

Astfel, la data de 07.06.2017, ... a primit notificarea de reziliere a contractului din partea Beneficiarului, susţinându-se că nu ar fi respectat obligaţiile asumate prin contract în sensul subcontractării unei alte societăţi părţi din lucrare, fără acordul prealabil expres al beneficiarului. ... s-a opus acestei măsuri, învederând faptul că nu a încălcat obligaţia de a subcontracta cu terţi neaprobaţi de către Beneficiar, formulând în acest sens acţiune în faţa instanţei de judecată, ce formează obiectul dosarului nr. ..., aflat pe rolul Tribunalului Vâlcea. Autoritatea beneficiară a apreciat că Asocierea a procedat la înlocuirea unui subantreprenor, susţinând că au fost încălcate prevederile clauzei 23.6 din contract, aprecieri care sunt eronate, întrucât presupusul terţ subcontractant (societatea ...) era în realitate un furnizor de bunuri care oferea şi serviciul de montare a bunului furnizat (în speţă fiind vorba de aparatură de termo-ventilaţie). Terţul era angajat în temeiul unui contract distinct de furnizare încheiat în mod valabil potrivit clauzelor contractului încheiat cu autoritatea beneficiară şi despre care aceasta avea cunoştinţă.

Contestatorul precizează că, în realitate, operaţiunea juridică în care a fost angajat terţul nu a fost aceea de înlocuire a unui subantreprenor. Mai mult, la data de 01.03.2016 (rezilierea survenind la 07.06.2017), Beneficiarul cunoştea existenţa în şantier a societăţii ..., pe care a şi acceptat-o ca furnizor, predând frontul de lucru către acesta prin Procesul-verbal nr. 155 din 01.03.2016 cu antet ..., unde constructorul a semnat în calitate de Antreprenor General, iar predarea efectivă a fost realizată de către autoritatea beneficiară. În acest mod, decizia de reziliere a fost dispusă printr-o greşită interpretare a prevederilor contractuale, întrucât prin adresa nr. 1280 din data de 15.09.2016, a fost formal solicitată natura relaţiei contractuale cu ... În urma răspunsului Asocierii, Beneficiarul a dorit să formuleze acceptarea formală a acestui prestator de servicii (în contextul în care tot Beneficiarul predase frontul de lucru către această societate la data de 01.03.2016). În intervalul de la solicitarea beneficiarului de clarificare a relaţiilor contractuale (15.09.2016) până la rezilierea contractului au trecut 10 luni, perioadă în care a fost

încheiat şi actul adiţional nr. 7 din data de 28.04.2017, de prelungire a perioadei de execuţie până la data de 24.10.2017.

În acest interval (15.09.2016-07.06.2017), lucrările au fost suspendate la solicitarea Beneficiarului din lipsa serviciilor de dirigenţie de şantier. Prin urmare, nu au fost executate lucrări de instalaţii mecanice ca urmare a lipsei de fronturi de lucru, aspect ce se poate observa şi din constatarea emisă de IJC ... prin Procesul-verbal nr. 16693 din data de 25.05.2017, transmis de către Beneficiar prin adresa nr. 1574 din data de 30.05.2017, în care se face vorbire despre infiltraţiile de apă şi lipsa închiderii construcţiei.

Or, toate aceste aspecte nu pot fi puse în sarcina antreprenorului general, acestea fiind contractate de către Beneficiar în mod direct cu o societate terţă, dar fără a exista o predare a frontului de lucru sau o autorizaţie de construcţie.

Ulterior acestui moment, autoritatea beneficiară a notificat societatea de asigurări, pretinzând cauzarea unor prejudicii materiale în cuantum de 2.345.299,07 lei. La rândul său, societatea de asigurări a solicitat clarificări de la Beneficiar cu privire la natura daunelor şi modul de calcul al acestora.

Autoritatea beneficiară nu a răspuns nici până la acest moment la solicitarea de clarificări a societăţii de asigurări. De asemenea, autoritatea emitentă a Documentului constatator nu a comunicat direct contestatorului faptul că a fost cauzat un astfel de prejudiciu și nici nu a solicitat plata acestei sume.

Urmare celor antemenționate, ... consideră că, atât timp cât instanţa nu va fi statuat prin hotărâre definitivă asupra acestor aspecte, menţiunile Documentului constatator, precum şi justificările subiective ale emitentei sunt incerte sub aspectul veridicităţii şi irelevante din punct de vedere juridic, inclusiv faţă de prezenta procedură de achiziţie publică. Drept urmare, nu poate fi reţinut nici motivul de excludere reglementat de art. 167 alin. (1) lit. h), întrucât nu și-a încălcat obligaţiile contractuale şi a executat întocmai şi la termen sarcinile stabilite.

Contestatorul subliniază că Documentul constatator a fost contestat pentru nelegalitate şi face în prezent obiectul controlului de legalitate efectuat de instanţa de judecată. Astfel, acesta prezintă grave vicii de legalitate, motiv pentru care ... - lider de asociere a formulat acţiune în contencios administrativ împotriva acestui act unilateral.

Faţă de acest aspect, ... precizează că, la acest moment nu s-a stabilit existenţa unui prejudiciu de către o instanţă judecătorească, menţiunile din cuprinsul Documentului constatator, respectiv nerespectarea obligaţiilor contractuale, legalitatea rezilierii contractului şi pretinsa cauzare a prejudiciului făcând obiectul dosarului nr. ... aflat pe rolul Tribunalului Vâlcea. De asemenea, legalitatea emiterii Documentului constatator și suspendarea acestuia este analizată în cadrul dosarului nr. ... aflat pe rolul Tribunalului Bucureşti, având ca obiect acţiunea în anularea actului administrativ, dosar ce a fost declinat la data de 10.01.2018 la Tribunalul Vâlcea. Simpla consemnare

în Documentul constatator a faptului că a fost cauzat un prejudiciu nu echivalează cu producerea efectivă a acestuia, ci reprezintă o simplă pretenţie a autorităţii contractante, pretenţie ce ar putea fi valorificată exclusiv prin intermediul instanţei de judecată chemate să constate dacă, într-adevăr, a avut loc încălcarea unor obligaţii contractuale care să fi cauzat un prejudiciu şi care ar fi în concret cuantumul acestuia. Or, PRIMĂRIA ... nu a întreprins până în prezent niciun demers legal împotriva ... - lider de asociere, în vederea constatării prejudiciului şi acoperirii acestuia.

În condiţiile în care, deşi contestate, nu există o hotărâre definitivă, autoritatea contractantă era ţinută şi ar fi trebuit să analizeze aspectele invederate.

Contestatorul solicită Consiliului să constate că Documentul constatator nr. 1 în baza căruia a fost emisă decizia de excludere a ofertei sale, este lipsit de forţă probantă în condiţiile în care nu este motivată sub aspectul abaterii/încălcării grave a clauzelor contractuale, dar nici sub aspectul caracterului cert prejudiciului *(„prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorităţii contractante”*).

... consideră că ar fi trebuit să se constate incidenţa în cauză a dispoziţiilor art. 171 din Legea nr. 98/2016 și precizează că Asocierea ... - ..., în calitate de contractant/ executant, nu a schimbat niciun subcontractant cu sau fără aprobarea achizitorului, iar ceea ce se impută este o pretinsă subcontractare (şi nu schimbare a subcontractorului), ceea ce excede clauzelor contractuale. Mai mult, Asocierea a înţeles să îşi asume garanţia de bună execuţie, încheind în acest sens o poliţă de asigurare nr. ... la ..., aceasta din urmă emiţând către MUNICIPIUL ... scrisoare de garanţie de bună execuţie nr. ... până la concurenţa sumei de 2.345.299,70 lei, reprezentând 10% din valoarea contractului de execuţie de lucrări, orice sumă cerută fiind necesar să fie însoţită de o declaraţie cu privire la neîndeplinirea obligaţiilor ce revin contractantului (...), garanţie valabilă până la data de 14.11.2021.

Contestatorul precizează că a răspuns corect şi complet solicitărilor de clarificări, astfel:

În raport de prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016, în baza căruia, oferta a fost declarată inacceptabilă, informaţiile furnizate au fost corecte şi complete deoarece Certificatul Constatator a fost contestat de ... - lider de asociere (instanţa nu a soluţionat până la acest moment cererea acesteia), precum şi pentru că existenţa prejudiciului nu a fost încă stabilită şi face şi aceasta obiectul unei acţiuni în justiţie aflată în stadiul judecăţii în primă instanţă.

Astfel, avand în vedere intervalul scurt de timp scurs de la emiterea Documentului constatator, nu a fost pronunţată la acest moment o hotărâre judecătorească definitivă, contestatorul neputând, din motive obiective, să prezinte astfel de documente.

Contestatorul arată că, în opinia CNSC, nemenţionarea certificatului constatator în DUAE nu reprezintă în sine furnizarea de informaţii incorecte autorităţii contractante deoarece se apreciază că

operatorul economic (...) nu consideră că se încadrează în prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

... precizează că demersul întreprins de ..., cât şi clarificările pe care le-a furnizat anterior, susţinute de anexele ataşate, se circumscriu dispoziţiilor art. 171 din Legea nr. 98/2016, care transpun prevederile art. 57 paragraful (6) din Directiva 2014/24/UE - în cazul în care acesta poate furniza dovezi prin care să arate că a luat măsuri suficiente pentru a-şi demonstra în concret credibilitatea - motiv pentru care orice potenţială decizie de excludere de la prezenta procedură de achiziţie publică pe baza Documentului constatator este vădit abuzivă şi nelegală şi încălca în mod flagrant dispoziţiile imperative ale Legii nr. 98/2016 în materia excluderii competitorilor.

Urmare celor antemenționate, contestatorul solicită constatarea faptului că sunt incidente în cauză dispoziţiile art. 171 din Legea nr. 98/2016, precum și că este dovedită în concret credibilitatea Asocierii şi, pe cale de consecinţă, anularea deciziei de excludere a ofertei depuse, reevaluarea documentaţiei şi ofertei depuse ca fiind conforme şi suficiente în dovedirea cerinţelor documentaţiei de atribuire.

În drept, ... invocă dispoziţiile Legii nr. 98/2016, H.G. nr. 395/2016, Legii nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 12659/01.02.2018, înregistrată la CNSC cu nr. 4458/01.02.2018, ... a transmis punctul de vedere cu privire la contestaţia înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 12659/23.01.2018, depusă de către Asocierea ..., prin lider de asociere ..., în care precizează următoarele:

În urma verificării DUAE, comisia de evaluare a solicitat clarificări ofertanţilor, inclusiv contestatorului Asocierea ...

Astfel, prin adresa nr. 152476/30.10.2017 şi respectiv adresa nr. 166522/22.11.2017, autoritatea contractantă a solicitat prin intermediul SEAP, clarificări cu privire la DUAE contestatorului Asocierea ...

Contestatorul a răspuns solicitărilor de clarificări prin răspunsurile postate în SEAP în data de 02.11.2017 şi în data de 27.11.2017.

Analizând răspunsurile la solicitările de clarificări, comisia de evaluare a considerat că ofertantul Asocierea ... se încadrează în motivul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 şi a declarat inacceptabilă oferta Asocierii în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016.

Astfel, în conformitate cu prevederile art. 65 din H.G. nr. 395/2016, comisia de evaluare a comunicat prin intermediul SEAP rezultatul verificării DUAE, detaliind în mod clar motivele pentru care oferta contestatorului a fost respinsă, cu adresa nr. 4705/10.01.2018.

MUNICIPIUL ... învederează că Asocierea ... a depus Notificarea prealabilă cu adresa din data de 15.01.2018, înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 8151/16.01.2018, prin care aceasta a contestat comunicarea autorităţii contractante nr. 4705/10.01.2018. Prin adresa nr. 8151/19.01.2018, autoritatea contractantă a răspuns că nu va adopta măsuri de remediere.

Autoritatea contractantă precizează că, contestaţia depusă de către operatorul economic Asocierea ... este nefondată şi solicită respingerea acesteia, precizând că, în urma analizării DUAE, oferta contestatorului a fost respinsă din următoarele motive:

Referitor la Documentul constatator nr. 1/25.07.2017 emis pentru Asocierea ..., autoritatea contractantă învederează că, în cadrul DUAE la Partea III: Motive de excludere, punctul C: Motive legate de insolvenţă, conflicte de interese sau abateri profesionale, la întrebarea „Operatorul economic se face vinovat de o abatere profesionala grava? (...)", Asociatul ... a declarat „NU".

În urma verificărilor Comisiei de evaluare în SEAP, la secţiunea Administrare/Documente constatatoare, s-a constatat că MUNICIPIUL ..., în calitate de autoritate contractantă, a emis pentru Asocierea S.C. ... – ..., Documentul constatator nr. 1 din 25.07.2017, pentru contractul de achiziţie publică nr. ... având ca obiect: lucrări de construcţii în cadrul proiectului *„Reabilitare şi modernizare bază agrement ... în municipiul ..."*.

Din analiza acestui document constatator s-a constatat că Asocierea ... nu a îndeplinit în mod corespunzător contractul nr. ..., acesta fiind reziliat şi au fost constatate prejudicii în valoare de 2.345.299,70 lei.

Ca urmare a celor constatate, Comisia de evaluare, prin adresa nr. 152481/30.10.2017 şi nr. 166517/22.11.2017, a solicitat contestatorului următoarele:

- să clarifice neconcordanţa dintre faptul că în cadrul DUAE la întrebarea „Operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă? (...)", Asociatul ... a declarat „NU" şi Documentul constatator nr. 1/25.07.2017 în care se precizează că Asocierea ... nu a îndeplinit în mod corespunzător contractul şi că au fost aduse prejudicii;

- să prezinte dovezi privind efectuarea de către Asocierea ... a plăţii prejudiciilor sau asumarea obligaţiei de plată în ceea ce priveşte prejudiciile cauzate, precum şi clarificarea în mod complet a faptelor şi împrejurărilor care au condus la emiterea Documentului constatator nr. 1 din 25.07.2017, din care rezultă că a fost reziliat contractul şi au fost stabilite prejudicii în valoare de 2.345.229,70 lei;

- să prezinte, dacă există, Hotărâri judecătoreşti definitive, care să fi anulat şi/sau suspendat executarea actului administrativ, respectiv a documentului constatator nr. 1 din 25.07.2017.

De asemenea, Comisia de evaluare a solicitat un punct de vedere de la Primăria Municipiului ....

Analizând răspunsul contestatorului la solicitările de clarificări, precum si răspunsul Primăriei Municipiului ..., Comisia de evaluare a constatat următoarele:

- Municipiul ..., în calitate de autoritate contractantă, a emis pentru Asocierea ..., Documentul constatator nr. 1 din 25.07.2017, pentru contractul de achiziţie publică nr. ... având ca obiect: lucrări de construcţii în cadrul proiectului „Reabilitare şi modernizare bază agrement ... în municipiul ...". Din analiza acestui document constatator

rezultă că Asocierea ... nu a îndeplinit în mod corespunzător contractul nr. ..., acesta fiind reziliat şi au fost constatate prejudicii în valoare de 2.345.299,70 lei.

- În răspunsul la adresa nr. 166378/22.11.2017, Primăria Municipiului ... a precizat următoarele:

a) În data de 07.06.2017 a notificat constructorul, respectiv Asocierea ... cu privire la rezilierea contractului de lucrări nr. ... începând cu data de 22.06.207, având în vedere că pe parcursul executării contractului au fost subcontractate, fără acordul prealabil al beneficiarului, părţi importante din lucrare.

b) Astfel, ca urmare a rezilierii contractului, a fost emis, în data de 25.07.2017, Documentul constatator nr. 1/29374. Acesta a fost transmis Asocierii ... în data de 28.07.2017 şi primit de către acesta în data de 02.08.2017.

c) Documentul constatator a fost postat în SEAP în data de 19.09.2017.

d) Prin cererea de chemare in judecată, depusa la Tribunalul Vâlcea, ... a solicitat anularea Notificării de reziliere prin care s-a comunicat rezilierea Contractului de execuţie lucrări nr. .... Totodată, s-a solicitat anularea tuturor actelor subsecvente emise drept urmare a rezilierii invocate. Până la această dată nu a fost finalizat litigiul din cadrul dosarului nr. ....

... învederează că, potrivit Portal - Tribunalul Vâlcea - Informaţii dosar, rezultă că S.C. ... a contestat documentul constatator în data de 08.08.2017, iar potrivit prevederilor art. 166 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016, documentele constatatoare emise de către entitatea contractantă în conformitate cu prevederile alin. (1) şi (2) se publică în SEAP, după expirarea termenelor de contestare prevăzute de Legea nr. 554/2004, cu modificările şi completările ulterioare.

În concluzie, autoritatea contractanta Municipiul ... a precizat ca a reziliat contractul de lucrări nr. ... deoarece pe parcursul executării contractului au fost subcontractate, fără acordul prealabil al beneficiarului, părţi importante din lucrare, acest fapt ducând la rezilierea contractului şi la neîndeplinirea acestuia.

... precizează că, totodată, prin documentul constatator s-a stabilit că au fost constatate prejudicii în valoare de 2.345.299,70 lei, iar în prezent acest prejudiciu face obiectul unei acţiuni în justiţie, aflată în stadiul judecăţii în prima instanţă şi nefiind pronunţată până la acest moment o hotărâre judecătorească definitivă, dovedindu-se, astfel, că Asocierea S.C. ... (lider) – ... şi-a încălcat în mod grav obligaţiile principale ce-i reveneau în cadrul contractului de lucrări nr. ... şi nici nu furnizează dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-şi demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

Prin urmare, comisia de evaluare a constatat că este îndeplinită, prima condiţie - şi-a încălcat în mod grav sau repetat obligaţiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziţie publică - instituită de prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Autoritatea contractantă învederează că, contrar celor susţinute de către contestator, având în vedere, pe de o parte, că art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 nu impune, ca şi condiţie obligatorie în luarea deciziei de excludere din procedura de atribuire, existența unei hotărâri definitive şi irevocabile de anulare/suspendare a documentului constatator, iar pe de altă parte, faptul că documentul constatator este un act administrativ ce are caracter executoriu dacă nu a fost suspendat de instanţă, se consideră că dispoziţiile acestuia produc efecte din momentul emiterii lui.

Referitor la cea de-a doua condiţie impusa de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, ... precizează că aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancţiuni comparabile, din analiza Documentului constatator nr. 1/25.07.2017, Comisia de evaluare constatând că a fost reziliat contractul şi că au fost stabilite prejudicii în valoare de 2.345.299,70 lei. Documentul constatator indică faptul că neîndeplinirea obligaţiilor contractuale a adus un prejudiciu pentru autoritatea contractantă Municipiul ....

Din răspunsul la solicitarea de clarificări rezultă că ... a solicitat în instanţă suspendarea Documentului constatator, dar până la această dată, contestatorul nu a prezentat o Hotărâre care sa ateste că o instanţă a dispus suspendarea acestuia. Ca urmare, actul administrativ îşi produce efectele din momentul emiterii lui, astfel fiind aplicabile prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Autoritatea contractantă învederează că încălcările grave ale obligaţiilor contractuale se încadrează în perioada ultimilor trei ani, având în vedere că Documentul constatator a fost emis în data de 25.07.2017, iar măsurile prezentate de către contestator, respectiv litigiile în curs de soluţionare, nu sunt suficiente pentru demonstrarea credibilităţii asociatului ...

Prin urmare, pentru motivele antemenționate, Comisia de evaluare a considerat că Asocierea ... se încadrează în motivul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 şi a declarat inacceptabilă oferta Asocierii, în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (2) lit. b).

Autoritatea contractantă menționează că a adresat o solicitare de clarificări Agenţiei Naţionale pentru Achiziţii Publice, iar în răspunsul transmis, aceasta precizează că, la categoria „13. Elaborarea dosarului achiziţiei publice” din cadrul „Bibliotecii de spețe/întrebări frecvente” de pe site-ul propriu, şi-a exprimat opinia vizavi de obligaţia autorității contractante de a excude din procedura de atribuire un ofertant aflat în situaţia prevăzută de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, iar cu privire la situaţia punctuală prezentată (contestarea în instanţă de către operatorul economic a documentului constatator negativ în discuţie, precum şi solicitarea de către acesta a „suspendării executării Certificatului constatator (...) până la soluţionarea definitivă şi irevocabilă a cauzei), având în vedere prevederile art. 14 alin. 17 din Legea nr 554/2016, precum şi prevederile art. 15 din acelaşi act

legislativ, ANAP comunică faptul că dispoziţiile art. 167 alin. (1) lit. s) din Legea nr. 98/2016 rămân fără efecte, în contextul admiterii de către instanţa competentă a cererii de suspendare a executării certificatului constatator în discuţie, până la pronunţarea instanţei pe fondul cauzei ori în ipoteza admiterii acţiunii de fond până la soluţionarea definitivă si irevocabilă a cauzei.

... precizează că, până la această dată, contestatorul nu a prezentat o Hotărâre care să ateste că o instanţă a dispus suspendarea/anularea Documentului constatator nr. 1/25.07.2017, emis de Municipiul ..., precum și faptul că, în atare situaţie, singura în măsură a se pronunţa cu privire la împrejurările legate de starea de fapt şi de drept, care sunt de natură să creeze o îndoială serioasă în privinţa legalităţii actului administrativ, este instanţa de judecată, care de altfel a şi fost învestită în acest sens. Aşadar, până la pronunţarea unei hotărâri judecătoreşti de suspendare/ anulare a executării actului administrativ (documentul constatator), acesta se bucură de prezumţia de legalitate.

Urmare celor antemenționate, autoritatea contractantă consideră că susţinerile contestatorului sunt nefondate şi neîntemeiate şi, pe cale de consecinţă, respectând prevederile legale în materia achiziţiilor publice şi fără să aducă atingere principiilor reglementate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, cu modificările si completările ulterioare, solicită respingerea contestaţiei formulată de Asocierea ..., ca nefondată.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru de lucrări, având ca obiect „REABILITARE ȘI MODERNIZARE STRĂZI ȘI ALEI DIN ... (PT+EXECUȚIE) – ACORD-CADRU”, împărțită pe loturi, coduri CPV 45233000-9 - Lucrări de construcții, de fundație și de îmbrăcare a autostrăzilor și a drumurilor (Rev. 2), 71322000-1 - Servicii de proiectare tehnică pentru construcția de lucrări publice (Rev. 2), 71356200-0 - Servicii de asistență tehnică (Rev.2), prin publicarea în S.E.A.P. a anunțului de participare nr. ...

Conform anunțului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”, iar valoarea estimată a acordului-cadru de lucrări este de 76.159.250,09 RON, fără TVA.

Procedând la analiza contestațiilor ce fac obiectul prezentei cauze, Consiliul constată că acestea au fost formulate de ..., în calitate de lider al Asocierii ..., ofertant ce a depus oferta pentru loturile 1 și 3, respectiv de către ..., în calitate de lider al Asocierii ..., ce a depus ofertă pentru lotul 2.

De asemenea, Consiliul constată că cele două contestații vizează rezultatul procedurii de achiziție publică, fiind formulate critici cu privire la motivele care au stat la baza deciziilor comisiei de evaluare, de respingere a ofertelor prezentate de acești ofertanți pentru cele 3 loturi, comunicate prin adresele nr. 4705/10.01.2018 și nr. 4709/10.01.2018,

din cuprinsul cărora rezultă că autoritatea contractantă a considerat că ofertanții în cauză se încadrează în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2017 și a respins ca inacceptabile, ofertele prezentate de către asocierile în cauză pentru loturile 1, 2 și 3, în baza prevederilor art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016.

În această situație, constatând că motivele de respingere ale ofertelor prezentate de asocierile contestatoare sunt identice pentru toate cele 3 loturi la care acestea au depus ofertă, Consiliul va proceda la analizarea în mod unitar a contestațiilor formulate, urmând să prezinte concluzii pentru fiecare contestație în parte.

Astfel, Consiliul are în vedere că asocierile contestatoare au transmis către autoritatea contractantă adresele nr.290/15.01.2017 și nr. 75/18.01.2018, înregistrate la ... cu nr. 8148/16.01.2018 respectiv nr. 10411/18.01.2018, în conformitate cu prevederile art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, modificată, la care aceasta a răspuns prin adresele nr. 8148/19.01.2018, respectiv nr. 8151/19.01.2018, în cuprinsul cărora a precizat că nu va adopta măsuri de remediere.

Procedând la analizarea motivului de respingere reținut de comisia de evaluare în decizia de respingere a ofertelor prezentate de asocierile reprezentate de ... și ..., respectiv faptul că ofertantul în cauză se încadrează în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2017 potrivit căruia *„Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situaţii:*

(...)

g) operatorul economic şi-a încălcat în mod grav sau repetat obligaţiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziţii publice, al unui contract de achiziţii 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 sancţiuni comparabile", Consiliul reține că în fișa de date a achiziției, la punctul III.2.1.a) *„Situația personală a candidatului sau ofertantului*", este prevăzut că „Ofertanții (inclusiv asociații/subcontractanții/terții susținători) NU trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, 165 si 167 din Legea nr. 98/2016.

(...)

Atenție: (...) -Încadrarea în situațiile prevăzute la art.164, art.165 și art.167 din Legea nr.98/2016 atrage excluderea din procedură".

Raportat la acest aspect, Consiliul reține că, în perioada de evaluare a ofertelor, comisia de evaluare a identificat în cadrul platformei SEAP, la rubrica *„Documente constatatoare*", existența documentului constatator nr. 29374/25.07.2017 emis de Primăria Municipiului ... pentru asocierea ..., acesta având calitatea de contractant în cadrul contractului de lucrări nr. ... *„lucrări de construcții în cadrul proiectului Reabilitare și modernizare baza de agrement ... în municipiul ...*", în condițiile în care, în cuprinsul documentului DUAE

prezentat de asociatul ... s-a precizat „NU” la rubrica „*Operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă?*”.

Consiliul reține că autoritatea contractantă a procedat la solicitarea de clarificări cu privire la conținutul certificatului constatator nr. 29374/25.07.2017, atât autorității emitente a acestuia, Primăria ..., cât și asocierii în cauză.

Astfel, Consiliul reține că autoritatea contractantă a transmis către ... și către ..., adresele nr. 152476/30.10.2017 și nr. 152481/30.10.2017, referitoare la lotul 2, respectiv loturile 1 și 3, prin care a solicitat acestor ofertanți să clarifice neconcordanța dintre faptul că în cadrul DUAE s-a precizat „NU”la întrebarea „*Operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă?*” și existența documentului constatator în cuprinsul căruia se precizează că Asocierea ... nu a îndeplinit în mod corespunzător contractul și că au fost aduse prejudicii.

Asocierile în cauză au răspuns prin adresele nr. 6689/02.11.2017 și 6691/02.11.2017, în cuprinsul cărora a precizat, în mod identic, că *„Documentul constatator nr. 1 din data de 25.07.2017 emis de Minicipiul ... pentru Asocierea ..., referitor la contractul de achiziții publice nr. ..., nu este apt să ateste faptul că subscrisa ne facem vinovați de o abatere profesională gravă.*

(...)

Documentul constatator este irelevant din punct de vedere juridic față de prezenta procedură de achiziție publică și nu produce efecte juridice prin simpla sa existență.

În acest sens, arătăm că simpla publicare în SEAP a unui astfel de document unilateral, ce cuprinde strict poziția subiectivă a unei alte autorități contractante, nu este apt să producă în mod automat și cu certitudine la concluzia că ... este răspunzătoare de o abatere profesională gravă într-un raport contractual anterior.

(...)

În măsura în care autoritatea contractantă apreciază că există indicii cu privire la existența unui caz de abatere profesională gravă a participăpantuli la procedura de achiziție publică, aceasta are obligația de a efectua un control efectiv și propriu în vederea clarificării acestui aspect (...).

Motivul pentru care subscrisa am răspun negativ la întrebarea «Operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă?» este acela că subscrisa în niciun raport contractual atribuit anterior, implicit nici în cel finalizat cu emiterea Documentului constatator, nu ne-am încălcat obligațiile contractuale și am executat întocmai și la termen sarcinile convenite.

(...)

Prin urmare, având în vedere faptul că legalitatea documentului constatator este pusă la îndoială și face în prezent obiectul controlului instanțelor de judecată, subscrisa sunt deplin îndreptățită să răspund negativ la întrebarea sus menționată, iar existența documentului constatator nu este în măsură să infirme cele declarate și cu atât mai

puțin să determine excluderea subscrisei din cadrul prezentei proceduri de achiziție publică.

(...)

La data de 07.06.2017, subscrisa am primit notificarea de reziliere a contractului din partea Beneficiarului, susținându-se că subscrisa nu am respectat obligațiile asumate prin contracta în sensul că am fi subcontractat unei alte societăți părți din lucrare, fără acordul prealabil expres al beneficiarului.

Ne-am opus acestei măsuri, arătând faptul că subscrisa nu am încălcat obligația de a subcontracta cu terți neaprobați de către beneficiar, formulând în acest sens acțiune în fața instanței de judecată.

În prezent, nelegalitatea notificării de reziliere, a actelor subsecvente acesteia, precum și repararea prejudiciului cauzat subscrisei fac obiectul dosarului nr. ... aflat pe rolul Tribunalului Vâlcea".

Consiliul constată că răspunsurile formulate de asocierile contestatoare au fost analizate de către comisia de evaluare în cadrul ședinței din data de 21.11.2017, în cuprinsul procesului verbal intermediar de evaluare, înregistrat cu nr. 165451/21.11.2017, fiind consemnată necesitatea solicitării de clarificări suplimentare ofertanților în cauză, precum și informații de la PRIMĂRIA MUNICIPIULUI ..., emitentul certificatului constatator în discuție.

Astfel, se reține că prin adresele nr. 166517/22.11.2017 și nr. 166522/22.11.2017, comisia de evaluare a solicitat atât Asocierii ..., cât și Asocierii ..., să prezinte dovezi privind efectuarea plății prejudiciilor sau asumarea obligației de plată în ceea ce privește prejudiciile auzate precum și clarificarea de către ofertant în mod complet a faptelor și împrejurărilor care au condus la emiterea documentului constatator din 25.07.2017 din care rezultă că a fost reziliat contractul și au fost stabilite prejudicii în valoare de 2.345.229,70 lei.

De asemenea, s-a solicitat prezentarea de hotărâri judecătorești definitive care să fi anulat și/sau suspendat executarea actului administrativ, respectiv a documentului constatator nr. 1/25.07.2017.

Asocierile în cauză au răspuns în mod identic prin adresele nr. 7349/27.11.2017 și nr. 5008/27.11.2017, în cuprinsul cărora se reiterează cele precizate în răspunsurile prezentate anterior în cadrul procedurii, respectiv că „*documentul constatator nu poate produce absolut niciun efect în prezent, având în vedere că pretinsele încălcări și prejudicii reținute prin documentul constatator formează în prezent obiectul analizei instanțelor competente.*

(...)

Prin urmare, până la pronunțarea unor decizii definitive, aspectele reținute în documentul constatator nu pot fi considerate întemeiate și conforme realității, reprezentând simple aprecieri subiective ale Primăriei ... asupra modalității de aducere la îndeplinire a obligațiilor contractuale de către subscrisa.

(...)

Având în vedere procedurile judiciare aflate în prezent în derulare, vă rugăm să observați că, până la soluționarea definitivă a litigiilor mai sus-enunțate, documentul constatator nu poate produce absolut niciun fel de efecte, fiind supus cenzurii instanțelor competente.

(...)

Subscrisa ne aflăm în imposibilitate obiectivă de a pune la dispoziția dumneavoastră hotărâri judecătorești definitive care să fi anulat și/sau suspendat executarea actului administrativ, dar, în orice caz, participarea subscrisei la prezenta procedură de achiziție publică nu poate fi condiționată de prezentarea unei astfel de hotărâri. (...)"

Se reține că la răspunsurile formulate au fost anexate, între altele, următoarele documente:

- contractul de execuție lucrări nr. ..., încheiat între Primăria Municipiului ... și asocierea ...;
- procese verbale încheiate între părțile contractante în perioada de derulare a respectivului contract;
- cererea de chemare în judecată ce formează obiectul dosarului nr. ...;
- extras de pe portalul just.ro cu privire la stadiul dosarului nr. ...;
- document constatator nr. 1 din 25.07.2017, înregistrat la Primăria Municipiului ... cu nr. 29374/25.07.2017.

Consiliul reține că, în același timp, prin adresa nr. 166378/2 din 22.11.2017, comisia de evaluare a solicitat Municipiului ... să precizeze cauzele care au condus la rezilierea anticipată a contractului de execuție lucrări nr. 33268/03.10.2017 și dacă acestea au avut la bază încălări grave sau în mod repetat a obligațiilor ce-i reveneau operatorului economic în cadrul contractului menționat.

De asemenea, comisia de evaluare a solicitat autorității emitente să precizeze dacă documentul constatator nr. 29374/25.07.2017 a fost contestat potrivit legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, dacă, eventual, s-a solicitat suspendarea executării actului administrativ și dacă documentul constatator respectiv a fost publicat în SEAP cu respectarea prevederilor art. 166 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016.

Se reține că prin adresa înregistrată cu nr. 169576/24.11.2017, PRIMĂRIA MUNICIPIULUI ... a transmis următorul răspuns:

„În data de 07.06.2017 am notificat constructorul, respectiv Asocierea ... cu privire la rezilierea contractului de lucrări nr. ..., începând cu data de 22 iunie 2017, având in vedere că pe parcursul executării contractului au fost subcontractate, fără acordul prealabil al Beneficiarului, părți importante din lucrare.

Astfel, ca urmare a rezilierii contractului, a fost emis în data de 25.07.2017 documentul Constatator nr. 1/29374. Acesta a fost transmis asocierii ... în data de 28.07.2017 și primit de către acesta în data de 02.08.2017.

Documentul constatator a fost postat în SEAP în data de 19.09.2017.

Prin cererea de chemare în judecată, depusă la Tribunalul Valcea, ..., a solicitat anularea notificării de reziliere prin care s-a comunicat rezilierea contractului de execuție lucrări nr. .... Totodată s-a solicitat anularea tuturor actelor subsecvente emise drept urmare a rezilierii invocate. Precizăm faptul că până la data prezentei nu a fost finalizat litigiul care face obiectul dosarului nr. ...".

Consiliul constată că documentele și informațiile prezentate atât de asocierile contestatoare cât și de către PRIMĂRIA MUNICIPIULUI ..., în calitate de emitent al documentului constatator nr. 29374/25.07.2017, au fost analizate de comisia de evaluare în cadrul ședinței din data de 08.01.2018, iar în cuprinsul procesului verbal intermediar de evaluare nr. 3687/08.01.2018, încheiat cu această ocazie (pag. 2089-2103 din dosarul achiziției), este consemnat, atât pentru loturile 1 și 3, cât și pentru lotul 2: *„comisia de evaluare consideră că ofertantul ... se încadrează în motivul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 și declară inacceptabilă oferta asocierii, în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016*".

Analizând motivul de respingere al ofertelor prezentate de asocierile contestatoare, reținut de autoritatea contractantă, prin raportare la prevederile legale aplicabile în materia achizițiilor publice și a susținerilor părților, Consiliul constată că, în mod corect, comisia de evaluare a procedat la respingerea respectivelor oferte, pentru considerentele ce urmează a fi prezentate:

Astfel, Consiliul are în vedere prevederile art. art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016, care dispun că *„autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situaţii:*

(...)

*g) operatorul economic **şi-a încălcat în mod grav** sau repetat **obligaţiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziţii publice,** al unui contract sectorial sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, **iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract**, plata de daune-interese sau alte sancţiuni comparabile*", respectiv *„(8) În sensul dispoziţiilor alin. (1) lit. g) se consideră încălcări grave ale obligaţiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, **neexecutarea contractului**, livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformităţi majore care le fac improprii utilizării conform destinaţiei prevăzute în contract*", precum și cele ale art. și constată că prevederile legale anterior enunțate sunt aplicabile doar în situația îndeplinirii, în mod cumulativ, a următoarelor condiții:

- încălcarea gravă sau repetată de către ofertantul în cauză a obligaţiilor principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziţii publice, al unui contract sectorial sau al unui contract de concesiune încheiate anterior;

- încălcarea gravă sau repetată a obligaţiilor principale să fi condus la una din următoarele consecinţe: încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese, alte sancţiuni comparabile.

De asemenea, Consiliul are în vedere și prevederile art. 171 alin. (1) – (3) și (5) lit. b) din același act normativ potrivit cărora autoritatea contractantă nu exclude din procedură operatorul economic care prezintă dovezi (indicate, în mod concret, la alin. (3) al acestui articol) care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra credibilitatea prin raportare la motivele de excludere, precum și în situația în care a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentelor relevante prevăzute la art. 167.

Analizând conținutul documentului constatator nr. 29374/25.07.2017, emis de Primăria Municipiului ..., ce se regăsește în cadrul dosarului achiziției, Consiliul constată că acesta vizează modul de derulare a contractului de lucrări nr. 332/68/03.10.2014 încheiat între acest Beneficiar și asocierea ..., fiind precizat că asocierea în cauză nu a îndeplinit în mod corespunzător prevederile contractuale, aspect ce a condus la rezilierea respectivului contract, prejudiciul stabilit de autoritatea emitentă a respectivului document constatator fiind în valoare de 2.345.299,70 lei.

Astfel, se constată că întrucât din cuprinsul documentului constatator nu reiese care este încălcarea gravă sau repetată a obligaţiilor produsă de asocierea ..., care a condus la rezilierea contractului, în mod corect, autoritatea contractantă a făcut aplicarea prevederilor art. 166 alin. (8) din H.G. nr. 395/2016 potrivit cărora *„Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligaţia de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condiţiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege*” și a solicitat informații suplimentare, atât de la ofertantul în cauză, cât și de la autoritatea emitentă a documentului constatator, ocazie cu care au fost clarificate următoarele aspecte:

- încălcarea gravă ce a condus la rezilierea contractului de lucrări nr. 332/68/03.10.2014 este reprezentată de faptul că asocierea ... a subcontractat, fără acordul prealabil al Beneficiarului, părți importante din lucrare, încălcând astfel prevederile art. 23.6 din contract conform cărora *„Orice schimbare a subcontractantului fără aprobarea prealabilă în scris a achizitorului sau orice încredințare a serviciilor/lucrărilor de către subcontractant către terțe părți va fi considerată o încălcare a prezentului contract*”;
- nu pot fi reținute ca relevante în soluționare susținerile asocierilor contestatoare potrivit cărora cele reținute în documentul constatator nu se circumscriu noțiunii de încălcare gravă, întrucât la art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016 legiuitorul a prezentat, cu titlu exemplificativ, ce poate fi considerat drept o încălcare gravă a obligațiilor contractuale, indicând neexecutarea contractului,

livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract;

- consecința încălcării prevederilor contractului de lucrări nr. 332/68/03.10.2014 a fost încetarea anticipată a respectivului contract, fiind stabilit un prejudiciu în valoare de 2.345.299,70 lei;
- ... și ..., ofertanții din prezenta cauză, nu au prezentat documente, în conformitate cu art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, din care să rezulte efectuarea de către operatorul economic a plăţii sau la asumarea de către operatorul economic a obligaţiei de plată a despăgubirilor în ceea ce priveşte eventualele prejudicii cauzate, deși autoritatea contractantă a solicitat în mod expres prezentarea unor astfel de documente, ci s-au limitat a exprima motive de nelegalitate a actului constatator.
- nu sunt aplicabile prevederile art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, respectiv nu a trecut o perioadă de 3 ani de la data apariţiei situaţiei, săvârşirii faptei sau producerii evenimentului relevant, respectiv de la 25.07.2017, data emiterii documentului constatator și până la data depunerii ofertelor – 09.10.2017;
- nici ... și nici ... nu au prezentat hotărâri judecătorești definitive care să fi anulat și/sau suspendat executarea actului administrativ, respectiv a documentului constatator nr. 1/25.07.2017, înregistrat la emitent cu nr. 29374/25.07.2017, precizând că *„procedurile judiciare aflate în prezent în derulare”,* și că *„ne aflăm în imposibilitate obiectivă de a pune la dispoziția dumneavoastră hotărâri judecătorești definitive care să fi anulat și/sau suspendat executarea actului administrativ*”, astfel că acest document își produce efectele, fiind incidente prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr.98/2016.

Prin urmare, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a procedat la excluderea asocierilor contestatoare din prezenta procedură de atribuire doar pe baza existenței unui document constatator ci a întreprins demersuri în vederea lămuririi aspectelor ce rezultau din cuprinsul documentul constatator, decizia fiind întemeiată și pe informațiile primite prin răspunsurile furnizate de ofertantul în cauză și de către autoritatea emitentă a actului administrativ în cauză, informații care demonstrează îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) și art. 171 din Legea nr. 98/2016, ce conduc la concluzia că, în mod corect, comisia de evaluare a procedat la excluderea respectivilor ofertanți din procedura de atribuire a loturilor 1, 2 și 3.

În ceea ce privește susținerile asocierilor contestatoare, exprimate atât în cuprinsul contestațiilor nr. 3070/23.01.2018 și nr. 3223/23.01.2018, cât și prin răspunsurile la solicitările de clarificări, referitoare la legalitatea documentului constatator nr. 29374/25.07.2017, apreciind că *„până la pronunțarea unor decizii definitive, aspectele reținute în documentul constatator nu pot fi considerate întemeiate și conforme realității, reprezentând simple*

aprecieri subiective ale Primăriei ... asupra modalității de aducere la îndeplinire a obligațiilor contractuale de către subscrisa", Consiliul are în vedere că legiuitorul nu a condiționat excluderea din procedură în cazul prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g) de existența unei hotărâri judecătorești definitive asupra legalității emiterii unui document constatator, ci doar că autoritatea contractantă exclude din procedură orice operator economic care și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune interese sau alte sancțiuni complementare.

Consiliul nu se poate pronunța cu privire la legalitatea documentului constatator, competența în acest caz aparține instanței de judecată, iar nu Consililiului care se limitează doar la analizarea motivelor care au stat la baza deciziei de respingere a ofertelor prezentate de acest ofertant.

În ceea ce privește invocarea de către autoritatea contractantă a motivul de respingere prevăzut la art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016, respectiv *„În condiţiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situaţii:*

(...)

b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplineşte una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentaţia de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă", Consiliul are în vedere că, în măsura în care în cuprinsul DUAE, la întrebarea *„Operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă?*" a răspuns negativ, iar documentul constatator nr. 29374/25.07.2017 și informațiile furnizate de PRIMĂRIA MUNICIPIULUI ..., în calitate de emitent al documentului respectiv, arată că asocierea ... şi-a încălcat în mod grav obligaţiile ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziţii publice încheiat anterior, iar încălcarea a dus la încetarea anticipată a respectivului contract, rezultă că ofertantul în cauză nu a completat DUAE în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă, respectiv nu a declarat existența documentului constatator nr. 1 emis în data de 25.07.2017 și înregistrat cu nr. 29374/25.07.2017, astfel că, în mod întemeiat, comisia de evaluare a reținut acest motiv de respingere a ofertelor prezentate de ofertanții în cauză pentru loturile 1, 2 și 3.

Acestea fiind, în contextul de fapt şi de drept anterior evocat, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul respinge, ca nefondate, contestațiile formulate de către ..., în calitate de lider al Asocierii ... și de către S.C. ..., în calitate de lider al asocierii ..., în contradictoriu cu ....

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de către Asocierea ..., reprezentată prin lider de asociere ..., cu sediul în ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la ..., în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ...

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de către Asocierea ..., reprezentată prin lider de asociere ..., cu sediul în ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la ..., în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ...

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

PREŞEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
...	**...**	**...**