CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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. ....

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent și nedatată, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...., înaintată de ....., cu sediul în ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ...., având CUI ...., reprezentată convențional prin ....cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ....., formulată împotriva procesului-verbal nr. .... și Deciziei nr. ....., emise de ....., cu sediul în ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect ....., s-a solicitat Consiliului anularea procesului-verbal nr. .... și a deciziei nr. .....

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ..... solicită anularea procesului-verbal nr. .....și a deciziei nr. .....

Contestatoarea arată că acordul-cadru nr. .....a fost reziliat de către autoritate la cererea ....., după derularea în bune condiții a contractului subsecvent nr. ....., iar în urma încheierii amiabile a acordului-cadru, autoritatea a eliberat Documentul Constatator nr. .....care, deși nu este în esență negativ, are în conținutul său mențiunea de la punctul 9 referitoare la prejudicii aduse sau care ar fi putut fi aduse autorității, fără ca aceste prejudicii să fie cuantificate.

În prezenta procedură, ..., în calitatea sa de autoritate contractantă, a exclus contestatoarea din procedura de atribuire pentru existența documentului constatator din .....

Contestatoarea menționează că simpla existență a documentului constatator nr. .....nu duce automat la excluderea sa din procedurile de achiziții, acest lucru fiind arătat de art. 171 alin. 1 și 2 din Legea nr. 98/2016.

..... arată că a declarat în DUAE documentul constatator în cauză și susține că a probat cu documentele care arată că este operator credibil.

Autoritatea contractantă nu și-a motivat decizia de excludere prin raportare la documentele indicate și nici nu a cerut dovezi de „îndreptare".

Mai mult, întrucât documentele depuse sunt în legătură directă cu raporturile dintre contestatoare și autoritatea contractantă, aceasta ar fi trebuit să tina cont de aceasta în motivarea deciziei sale:

- în două situații în care autoritatea contractantă a exclus contestatoarea invocând existența documentului constatator nr. ....", aceasta a fost obligată de CNSC, prin decizii confirmate de Curtea de Apel ....., să atribuie petentei contractele.

a) Decizia CNSC nr. .... - Hotărâre ... a Curții de Apel ...., pronunțată în Dosarul .....

b) Decizia CNSC nr. .... - Hotărâre ... a Curții de Apel ....., pronunțată în Dosarul .....

- în alte două situații, atribuirea către contestatoare a unor acorduri-cadru a decurs fără piedici din partea autorității contractante care la final a emis documente constatare pozitive:

a) Documentul constatator nr. ... pentru Acordul-Cadru nr. ....

b) Documentul constatator nr. ... pentru Acordul-Cadru nr. ....

- CNSC a analizat conținutul documentului constatator invocat de autoritatea pârâtă în prezenta decizie și a arătat că nu conține date concrete cu privire la un eventual prejudiciu pe care contestatoarea l-ar fi produs autorității. Mai mult, CNSC a arătat că în temeiul acestui document constatator, ... nu putea fi exclus de la o procedură de achiziții.

În drept, contestatoarea invocă prevederile art. 4 alin. (1) Legii nr. 101/2016.

În probațiune, contestatoarea depune, în copie, înscrisuri.

Prin adresa nr. ....., înregistrată la Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ....., autoritatea contractantă a transmis punctul său de vedere, solicitând respingerea contestației ..... ca nefondata și menținerea procesului-verbal nr. .....și Deciziei nr. .....

Autoritatea contractantă prezintă un scurt istoric al desfășurării procedurii de atribuire, menționând că oferta depusă de către ..... a fost declarată neconformă în ceea ce privește motivul de abateri profesionale,

respectiv încetarea anticipată a altui contract, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Comisia de evaluare a hotărât că oferta depusă de ..... este neconforma, respectiv nu a îndeplinit în mod corespunzător obligațiile contractuale, având în vedere următoarele considerente:

Autoritatea contractantă a emis pentru ..... documentul constatator nr. ...., privind rezilierea acordului- cadru de furnizare produse ....., motivul fiind nesusținerea prețului la unul din produsele ofertate din lotul de paste făinoase și biscuiți, așa cum a fost ofertat și asumat prin propunerea financiară de operatorul economic, produs necesar pentru a asigura hrana persoanelor instituționalizate.

În acest document se precizează că au fost îndeplinite obligațiile contractuale pentru contractul subsecvent nr ....., singurul încheiat în baza acordului cadru menționat dar, totodată, că acordul cadru a fost reziliat deoarece operatorul economic a comunicat autorității contractate faptul ca nu poate susține prețul la unul dintre produsele ofertate.

Toate aspectele menționate au condus la situații de risc, din perspectiva asigurării hranei copiilor și persoanelor adulte cu dizabilități care beneficiază de protecție specială în cadrul ..... Deși nu au fost cuantificate valoric, au existat prejudicii în ceea ce privește întârzierea în asigurarea hranei beneficiarilor care au determinat schimbarea meniurilor stabilite conform comenzilor și, implicit cheltuieli suplimentare cu achiziția produselor și transportul acestora.

Autoritatea contractantă arată că documentul menționat nu a fost contestat de către .....

Referitor la Documentul constatator nr. ....., autoritatea contractantă arată că acesta a fost emis de către .... pentru ..... având în vedere faptul ca operatorul economic a comunicat prin adresa nr. .... înregistrata la .... sub nr. .. că nu mai are capacitatea de încheia un nou contract subsecvent în baza acordului-cadru nr. ....., motivat de faptul că la stabilirea ofertei financiare, dintr-o eroare de redactare, a greșit prețul la unul dintre produsele ofertate, respectiv „ napolitane".

Totodată, ... a adus la cunoștință autorității contractante faptul ca poate furniza produsele aferente noului contract subsecvent, mai puțin produsul „napolitane", acesta putând fi livrat, dar la prețul pe care l-a comunicat ca fiind rectificat.

Deoarece operatorul economic avea obligația, conform acordului-cadru menționat, să furnizeze toate produsele la prețul unitar cuprins în propunerea financiară, anexa la acordul-cadru, autoritatea contractantă prin adresa nr. .... a comunicat contestatoarei că va proceda la rezilierea acordului-cadru nr. .....pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale.

Comisia de evaluare a constatat și reținut faptul că ..... a solicitat în data de ... prin adresa înregistrata la ..... sub nr. ..., invocând „situația de criza la nivel național generata de pandemia de Covid 19 " ajustarea preturilor la anumite categorii de produse aferente contractelor subsecvente încheiate cu acesta.

Ulterior, prin adresele înregistrate la ..... sub nr. .... și nr. .., contestatoarea si-a menținut solicitarea de ajustare a preturilor, precizând totodată că solicită și modificarea termenului de plata, astfel încât acesta să nu depășească ...zile, cu mențiunea ca, în caz contrar, va uza de clauza de forță majoră.

Autoritatea contractanta nu a fost de acord cu solicitarea formulată de către contestatoare, astfel încât s-a procedat la derularea acordurilor-cadru conform condițiilor contractuale.

Analizând cele menționate, comisia de evaluare a apreciat ca operatorul economic adoptă aceeași conduita în derularea acordului-cadru, care a generat emiterea documentului constatator negativ, și a declarat neconformă oferta depusa de operatorul economic .....

În ceea ce privește susținerile formulate de către ..... în contestație, autoritatea contractantă precizează că acesta afirmă, în mod eronat, faptul ca acordul-cadru nr. .....a fost reziliat la cererea sa, după derularea contractului subsecvent nr. .....

Acordul-cadru menționat a fost reziliat având în vedere neîndeplinirea obligațiilor contractuale, așa cum acestea au fost asumate de către ....., raportat la prevederile art. 4.1, art. 7.2. și art. 12 din acordul-cadru, aspecte care au fost aduse la cunoștință contestatorului prin adresa nr. ....

Încetarea acordului-cadru nr. .....prin reziliere reprezintă actul unilateral de voință al autorității contractante și nu o „încheiere amiabila" a acordului-cadru, așa cum susține contestatorul.

Referitor la Decizia nr. ... și nr. .... pronunțate de către Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor, respectiv Decizia nr. ..... și nr. ... pronunțate de către Curtea de Apel ....., autoritatea contractantă menționează faptul ca, în cauză, în ceea ce privește ....., în calitate de autoritate contractanta, s-a reținut principiul asumării răspunderii conform art. 2 alin. 2 pct. f) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, atât Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor, cât și Curtea de Apel ....., au considerat că autoritatea contractanta și-a asumat răspunderea cu privire la orice decizie luată pe parcursul derulării procedurii de atribuire a acordului-cadru, însă nu au constatat nulitatea documentului constatator nr. .....

Prin urmare acesta este un document constatator valabil care produce efecte juridice pe o perioada de 3 ani de la data emiterii sale.

Autoritatea contractantă învederează faptul că de la data la care Curtea de Apel ..... s-a pronunțat printr-o hotărâre judecătoreasca definitiva și s-a dispus reluarea procedurii de atribuire, cu consecința atribuirii acordului cadru către ....., conduita contractuală a contestatoarei în relația cu ..... s-a modificat în sensul celor prezentate anterior, respectiv aceasta a solicitat ajustarea preturilor la anumite categorii de produse aferente contractelor subsecvente încheiate cu .....

invocând „situația de criza la nivel național generată de pandemia de Covid 19 ".

În ceea ce privește afirmația contestatoarei referitoare la faptul că ..... nu a solicitat dovezi de „îndreptare", autoritatea contractantă consideră că în conformitate cu prevederile art. 171 alin. 1 și alin. 2 din Legea nr. 98/2016, dovezile „care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere" puteau fi solicitate operatorului economic în situația în care erau necesare clarificări în legătură cu conduita sa contractuală față de o altă autoritate contractanta.

Atâta timp cât conduita contractuală care a condus la excluderea ..... privește acordurile-cadru derulate la nivelul ....., autoritatea contractantă consideră că nu au fost încălcate prevederile art. 171 alin. 1 și alin. 2 din Legea nr. 98/2016.

În drept, autoritatea contractantă invocă dispozițiile art. 18 alin .1 din Legea nr. 101/2016.

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

..... a inițiat o procedură simplificată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect ....., prin publicarea, în SICAP, a anunțului de participare nr. SCN ..... din ..... Valoarea estimată a acordului-cadru este de ....., fără TVA, iar criteriul de atribuire este ....

Decizia privind rezultatul procedurii i-a fost comunicată ..... prin adresa nr. ..., în care se arată că oferta sa a fost exclusă din procedură, în baza art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, pentru motivele regăsite în procesul-verbal nr. ... ca urmare a analizării documentului constatator negativ nr. .... emis de .....

Împotriva acestei decizii a autorității contractante, ... a înaintat Consiliului contestația de față (consemnând cauțiunea în valoare de .....lei, cu recipisa de consemnare nr. ...., emisă de ....), solicitând anularea procesului-verbal nr. ..... și a deciziei nr. ...

Verificând legalitatea deciziei autorității contractante de a stabili că ..... se afla în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, Consiliul constată ca motivele pentru care autoritatea a decis în sensul excluderii se regăsesc evocate în procesul-verbal nr. ....., respectiv existența documentului constatator nr. .....și a împrejurărilor care, din punctul de vedere al comisiei de evaluare, au condus la emiterea lui, precum și faptul că acesta nu a fost contestat. Din considerentele consemnate de comisia de evaluare în acest proces-verbal, nu rezultă că i s-ar fi cerut societății vreo clarificare cu privire la documentul constatator nr. ..... emis chiar de către autoritatea contractantă.

În cuprinsul documentului constatator nr. ..., emis pentru ....., sunt înscrise următoarele informații:

„8. Contractul a fost indeplimnit în mod corespunzator:

• DA pentru contractul subsecvent nr. .....

Avand în vedere ca pentru incheierea unor noi contracte subsecvente, în baza acordului-cadru, ... a comunicat ..... ca nu poate sustine pretul la unul din produsele ofertate, produs la care autoritatea contractanta nu a putut renunta pentru a asigura hrana persoanelor institutionalizate, acordul-cadru a fost reziliat.

9. Prejudicii care au fost sau care au fi putut fi aduse autoritatii contractante pe perioada derularii contractului (daca este posibil cuantificarea valorica a acestora): Schimbarea meniurilor stabilite conform comenzilor, intarzieri în asigurarea hranei persoanelor institutionalizate generate de studiu de plata pentru achizitia directa de produse pana la demararea și finalizarea unei noi proceduri de licitatie și implicit cheltuieli suplimentare cu transportul produselor."

Având a se pronunța asupra legalității acestei măsuri a autorității contractante, Consiliul observă următoarele dispoziții ale Legii nr. 98/2016:

- art. 167

„(1) 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;

(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."

- art. 171

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

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

(3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situaţiile prevăzute la art. 164 şi 167 le poate furniza autorităţii contractante, în sensul prevederilor alin. (1), se referă la 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 printr-o infracţiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor şi împrejurărilor în care a fost comisă infracţiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autorităţile care efectuează investigaţia, şi la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete şi adecvate la nivel tehnic, organizaţional şi în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele şi organizaţiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control şi raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispoziţiilor legale şi a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea şi plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârşirea unor noi infracţiuni sau alte fapte ilicite."

În stabilirea legalității actului atacat, se vor avea în vedere dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016, citate mai sus, care stabilesc în ce condiții operează excluderea operatorului economic. Astfel, abordând coroborat cele două texte ale art. 167, Consiliul concluzionează că, pentru a fi incident cazul de excludere arătat, este necesară îndeplinirea cumulativă a următoarelor condiții:

- 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;

- încălcarea gravă a obligaţiilor contractuale poate fi considerată neexecutarea contractului ori livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformităţi majore care le fac improprii utilizării conform destinaţiei prevăzute în contract;

- aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancţiuni comparabile.

Astfel, pentru a decide dacă ..... a fost în mod legal exclusă din procedură, trebuie verificat și stabilit dacă, referitor la executarea de către aceasta a obligațiilor ce îi reveneau în baza contractului subsecvent nr. ....., încheiat cu ....., s-a făcut vinovată de încălcarea în mod grav sau repetat a obligațiilor sale principale și dacă această presupusă conduită a sa a condus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Din modul de exprimare a legiuitorului, în emiterea dispozițiilor coroborate ale art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016, se constata că excluderea operează în situația în care sunt îndeplinite cumulativ condițiile amintite, respectiv conduita viciată a operatorului economic, conduită care să fi avut efectele amintite. Este de observat că legiuitorul nu a prevăzut că motivul de excludere operează de drept în situația în care, pentru operatorul economic respectiv, a fost emis un documentul constatator, fără a fi necesare alte verificări.

Este adevărat că legiuitorul nu a condiționat excluderea din procedură, în cazul prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr.98/2016 de existența unei hotărâri judecătorești definitive asupra legalității emiterii unui document constatator, însă important este a observa și că, potrivit aceleiași prevederi, legiuitorul nu a condiționat excluderea din procedură nici de existența unui document constatator ori a altui asemenea act emis de un client beneficiar al operatorului economic analizat. Mai simplu spus, în textul dispozițiilor coroborate ale art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016, nu se condiționează excluderea operatorului economic de existența unui document constatator emis de vreun beneficiar al acestuia.

Potrivit art. 166 alin. (1) din HG nr. 395/2016, *„Autoritatea contractantă are obligaţia de a emite documente constatatoare care conţin informaţii referitoare la îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea obligaţiilor contractuale de către contractant/contractant asociat şi, dacă este cazul, la eventualele prejudicii, [...].”*, iar conform alin. (8) al aceluiași articol, *„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.”*

Drept urmare, concluzia la care s-a ajuns în paragraful anterior dispozițiilor citate ale art. 166 din HG nr. 395/2016, este susținută de chiar textele regăsite în această prevedere. Astfel, dacă legiuitorul ar fi dorit ca excluderea operatorului economic să intervină ca efect al existenței pure și simple a unui document constatator emis în baza art. 166 alin. (1) din HG nr. 395/2016, ar fi prevăzut în mod clar această posibilitate. Însă, așa cum este înscris la art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016, decizia de respingere a unui ofertant pe baza unui document constatator, trebuie să fie precedată de o verificare obligatorie a faptului că acest document *„reflectă îndeplinirea condiţiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege.”*

Este de subliniat faptul că nici din conținutul documentului constatator și nici din textele de lege ce reglementează emiterea și efectele sale, nu rezultă ca efectul unui astfel de document este excluderea viitoare, din alte proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică, a operatorului economic pentru care a fost emis. Astfel, devine lipsit de relevanță dacă documentul constatator a fost sau nu anulat, neputând astfel să primească efecte neprevăzute de lege.

Singurul efect al existenței unui document constatator este acela că trebuie să determine o viitoare autoritate contractantă să realizeze verificările prevăzute la art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016, și nicidecum acela că determină excluderea operatorului economic din procedura de atribuire a unui contract de achiziție publică, pe baza informațiilor pe care le cuprinde.

Așadar, determinantă în excluderea din procedură a operatorului economic nu este existența documentului constatator, ci verificarea faptului că acest document reflectă îndeplinirea cumulativă a condițiilor regăsite la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Încă o dată, Consiliul subliniază că excluderea operează numai dacă sunt îndeplinite condițiile prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Mai mult, se reține că, prin prevederile de la art. 171 alin. (1), (2) și (3), legea a stabilit dreptul și posibilitatea operatorului economic de a răsturna concluziile rezultând din incidența unui caz de excludere, prin furnizarea de dovezi care să arate că măsurile pe care le-a luat sunt suficiente pentru a-şi demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivul de excludere, în prezenta unor astfel de dovezi, pe care autoritatea contractată să le considere suficiente, aceasta având posibilitatea legală de a nu exclude operatorul economic respectiv.

Se observă, așadar, că legea a reglementat posibilitatea ca, chiar și în condițiile existenței unui caz de excludere, operatorul economic să își poată demonstra, în concret, credibilitatea prin raportare la motivul de excludere, evitând astfel eliminarea sa din competiție.

Față de prevederile legale citate și față de considerentele expuse, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a solicitat ..... nici informații și probe din care să deducă ne/îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 și nici dovezile la care legea face trimitere prin art. 171.

Însumând cele evocate până la acest punct al analizei, se reține că autoritatea contractantă nu și-a îndeplinit obligația legală de a cere acestei societăți să îi prezinte informații și probe care să îi faciliteze verificarea îndeplinirii condițiilor cumulative necesare unei excluderi legale din procedură și/sau pentru verificarea situației legale de exceptare de la aplicarea măsurii.

O astfel de conduită era cu atât mai necesară cu cât, din conținutul documentului constatator invocat, nu rezultă că operatorul economic şi-a încălcat în mod grav sau repetat obligaţiile principale ce-i reveneau în cadrul contractului subsecvent amintit, condiție premisă pentru analizarea incidenței cazului de excludere evocat. Relevant este, de asemenea, că emitentul documentului constatator nici nu a indicat în mod expres care sunt pretinsele prejudicii create prin conduita reproșată operatorului economic, cu atât mai puțin cuantificarea lor valorică, schimbarea meniurilor neputând fi, în mod serios, catalogată drept prejudiciu.

Relevante în acest punct al analizei se apreciază ca fiind și considerentele Curții de Apel ... din decizia nr. ....:

«Din dispoziţiile legale enunţate, reies următoarele concluzii, pentru cazul special de excludere prevăzut la lit.g:

- autoritatea contractantă este obligată să procedeze la excludere dacă, urmare a situaţiei constatate, măsura interdicţiei de a participa la proceduri de atribuire a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei

instanţe de judecată; această obligaţie intervine automat, operatorul neavând posibilitatea ca, în aplicarea dispoziţiilor art.171 alin. 1-3, să mai convingă autoritatea de credibilitatea sa;

- autoritatea contractantă nu poate exclude operatorul care, deşi se află în situaţiile de excludere prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariţiei situaţiei, săvârşirii faptei sau producerii evenimentului relevant;

- autoritatea contractantă are dreptul de a exclude operatorul care se află în situaţiile de excludere prevăzute la art. 167, operator care, la rândul său, are posibilitatea de a furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-şi demonstra în concret credibilitatea; de aici, concluzia că, pe de o parte, existenţa unui document constatator al situaţiei nu conduce în mod automat la excludere, pe de altă parte, că, prezentarea unor astfel de dovezi poate convinge autoritatea contractantă care-şi poate asuma răspunderea de a păstra în procedură ofertantul.

Prin urmare, autoritatea contractantă dispune de un drept de apreciere în ceea ce priveşte excluderea din procedură, în cazul incidenţei situaţiile prevăzute la art. 167 (şi în lipsa unei hotărâri definitive de stabilire a interdicţiei de participare ia procedură), autoritatea contractantă fiind singura responsabilă pentru modul de atribuire a contractului, în aplicarea principiului asumării răspunderii;

Dispoziţiile enunţate stabilesc dreptul de apreciere al autorităţii contractante în ceea ce priveşte măsura excluderii, în situaţia concretă din speţă, şi, atâta timp cât acest drept de apreciere se exercită în limitele impuse de lege şi cu respectarea principiilor de atribuire a contractelor de achiziţii, nu poate fi apreciat ca abuziv.

În speţă, din actele depuse, rezultă că autoritatea contractantă şi-a exercitat dreptul de apreciere în limitele impuse de lege, în sensul că avea posibilitatea de a exclude sau, dimpotrivă, de a păstra operatorul în procedură, şi că, mai mult, alegerea a fost justificată.

In acest sens, se observă că în cuprinsul procesului verbal au fost menţionate toate împrejurările relevante care au format opinia autorităţii în sensul oportunităţii păstrării în procedură a petentei; s-a arătat, în concluzie, că contractul de servicii a încetat ca urmare a încetării contractului de execuţie de lucrări; că Societatea petentă şi-a încasat contravaloarea serviciilor pentru finalizarea a 80% din contractul de execuţie, ultima plată fiind efectuată după rezilierea contractului; că ultimul proces-verbal de recepţie încheiat după rezilierea contractului a fost semnat ca fiind conform cu cerințele calitative și cantitative; că nu a fost executată garanția de bună execuţie; că, în minuta de reziliere, se menţionează faptul că contractele se reziliază din vina exclusivă a constructorului.

În justificarea acestei concluzii, au fost avute în vedere documentele depuse la dosar: […]

Au fost, de asemenea, avute în vedere contracte încheiate ulterior anului 2015 cu diverşi beneficiari, şi care au fost finalizate, contracte care, contrar considerentelor reţinute în decizie, sunt dovezi în sensul art. 171 alin. 3 din Legea nr. 98/2016, de vreme ce relevă împrejurări ulterioare celor constatate prin documentul constatator, relevante pentru aprecierea conduitei petentei.

Faţă de toate cele reţinute, Curtea constată că, în aplicarea corectă a legii, autoritatea contractantă şi-a exercitat dreptul de apreciere în limitele impuse de lege, stabilind motivat, prin prisma documentelor depuse şi explicaţiilor oferite, că măsura excluderii nu se impune, asumându-şi răspunderea pentru soluţia adoptată.

Fiind singura în măsură să aprecieze oportunitatea excluderii din procedură a unui operator economic aflat în această situaţie, nici consiliul şi nici instanţa nu pot interveni, decât în măsura în care dispoziţiile legale au fost încălcate iar soluţia este adoptată cu exces de putere.»

Așadar, verificarea prevăzută la art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016, nu reprezintă o simplă luare la cunoștință a informațiilor înscrise în documentul constatator care a declanșat aplicarea acestei dispoziții legale, ci o implicare activă a autorității contractante în a obține probe, a le analiza și a-și asuma măsura excluderii sau păstrării în procedura de atribuire a operatorului economic, cu interpretarea coroborată și judicioasă a întregului set de dispoziții legale (citate anterior) care reglementează conduita părților, drepturile și obligațiile acestora, precum și măsurile necesare și excepțiile de la acestea.

Așa cum se preciza mai înainte, simpla existență a documentului constatator nu reprezintă motiv valid și legal de excludere a operatorului economic, legea impunând ca situația reflectată de respectivul document să îndeplinească, în mod cumulativ, condițiile de la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Or, autoritatea în cauză nu a înțeles să realizeze verificări cu privire la acte și fapte care, aparent, au determinat emiterea documentului constatator, pentru a stabili dacă acestea reflectă îndeplinirea condiţiilor cumulative necesare excluderii (așa cum impun prevederile art. 166 alin. 8 din HG nr. 395/2016).

Trebuie menționat faptul că nici examinarea realizată de autoritatea contractantă și nici prezenta motivare nu reprezintă verificări ale legalității documentului constatator, o astfel de verificare fiind, fără îndoială, de competența instanței de judecată.

Demersul necesar al autorității contractante, așa cum este analizat în prezenta motivare, reprezintă aplicarea dispozițiilor legale coroborate ale art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016 și art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Consiliul considera că autoritatea contractantă trebuia să demareze operațiunile de a obține si de a analiza informații privind situația care a determinat emiterea documentului constatator, conduita ulterioară a societății ș.a.m.d., și să constate dacă acestea susțin sau nu îndeplinirea

condițiilor cumulative de la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016. Verificarea situației care a determinat emiterea certificatului constatator trebuie să se facă și cu respectarea principiului proporționalității, consacrat la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, respectiv prin adaptarea măsurii la întregul ansamblu de probe din care să rezulte gradul de vinovăție al operatorului economic, eventuala împărțire a culpei între părțile contractante care au concurat la ivirea situației ce a determinat emiterea documentului constatator, conduita acestora ulterior apariției evenimentului, gravitatea abaterii, nivelul sancțiunilor pecuniare raportat la valoarea întreagă a prestației, modalitatea în care acestea au fost stabilite etc.

Așadar, îi revine autorității contractante sarcina unei analize serioase și mature, care să determine asumarea răspunderii în a verifica dacă este necesară sau nu excluderea unui operator economic din procedura de achiziție publică, raportat și la contextul legal arătat în prezenta decizie.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul urmează să admită contestația depusă de ....., să anuleze actele autorității contractante referitoare la decizia de excludere din procedură a ofertei depusă de ....., precum și comunicările rezultatului procedurii.

În baza art. 26 alin. (2) şi (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de ..... zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare, să reanalizeze oferta depusă de ....., să stabilească rezultatul procedurii prin emiterea unui nou raport al acesteia și să comunice ofertanților cele decise.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația depusă de ..... în contradictoriu cu .....

Anulează actele autorității contractante referitoare la decizia de excludere din procedură a ofertei depusă de ....., precum și comunicările rezultatului procedurii.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de .... zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare, să reanalizeze oferta depusă de ....., să stabilească

rezultatul procedurii prin emiterea unui nou raport al acesteia și să comunice ofertanților cele decise.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de .... zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

Redactată în 4 exemplare, conține 13 pagini.