CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, Bucureşti, cod poştal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 şi +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

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

Prin contestaţia înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 25746/28.06.2017, depusă de ..., cu sediul în ..., ... nr. ..., județul ..., având CUI ... și număr de înregistrare în Registrul Comerţului ..., privind procedura simplificată, într-o singură etapă, organizată de ..., cu sediul în ..., județul ..., în calitate de autoritate contractantă, pentru atribuirea contractului de *lucrări de modernizare aferente investițiilor: Modernizare drum de interes local ...ta ....*, contestatoarea a solicitat anularea răspunsului nr. A/14/23.06.2017 la notificarea prealabilă depusă, prin care autoritatea contractantă a precizat că nu va lua măsuri de remediere, anularea adresei nr. A/5/14.06.2017 privind comunicarea rezultatului procedurii, prin care oferta sa a fost declarată necâștigătoare, anularea raportului procedurii de atribuire și a tuturor actelor anterioare, ulterioare și conexe acestuia, continuarea procedurii prin reevaluarea ofertei declarate câștigătoare atât din punct de vedere tehnic cât și financiar, cu respectarea prevederilor legale în materia achizițiilor publice, iar în cazul în care se va trece peste motivele invocate în legătură cu propunerea tehnică și financiară a ..., reevaluarea ofertei ...în raport cu criteriile de calificare solicitate prin documentația de atribuire respectiv reanalizarea ofertei prin verificarea DUAE.

Prin cererea de intervenție nr. 385/10.07.2017, înregistrată la Consiliul sub nr. 27799/10.07.2017, depusă de ..., cu sediul în comuna ..., str. ... nr. ..., județul ..., având CUI RO ... și număr de înregistrare în Registrul Comerţului ..., în cadrul aceleiași proceduri simplificate, într-o singură etapă, organizată de ..., a solicitat, în principal, încuviințarea în principiu a cererii de intervenție principală, admiterea pe fond a acesteia și respingerea contestației.

Contestaţia şi cererea de intervenţie vor fi soluţionate împreună, având în vedere dispoziţiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) şi art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

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

Prin contestaţia formulată în cadrul procedurii de atribuire amintite, ... a solicitat cele menţionate în partea introductivă a deciziei, arătând că, în mod nelegal oferta ...a fost declarată conformă și acceptabilă, cu încălcarea dispozițiilor legale și a principiilor nediscriminării și a tratamentului egal.

Afirmă că autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile art. 132 din HG nr. 395/2016 și art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, mai mult, comisia de evaluare avea obligația solicitării documentelor doveditoare privind îndeplinirea criteriilor de calificare ofertantului clasat pe primul loc, în urma aplicării criteriului de atribuire.

De asemenea, susține că ...se află în situația ce atrăgea excluderea sa din procedură, potrivit art. 167 alin. (1) lit. g), art. 193 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, respectiv nu putea face dovada îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție menționate în DUAE.

Sunt citate prevederile art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și art. 65 din HG nr. 395/2016 și se afirmă că în speță, autoritatea contractantă a apreciat suficientă verificarea DUAE al ...înainte de atribuirea contractului și luând în considerare Decizia civilă nr. 491/2017 a Curții de Apel ...

Menționează că verificarea DUAE în timpul procedurii de către autoritatea contractantă poate fi făcută doar în situația în care se află într-o procedură ce se desfășoară în mai multe etape, când documentele justificative sunt solicitate înainte de transmiterea invitațiilor pentru etapa a doua către candidații selectați.

Consideră că solicitarea documentelor în mod nelegal, într-un alt moment al procedurii nu echivalează cu îndeplinirea obligației prevăzută de articolele mai sus invocate.

Totodată, precizează că soluția instanței pronunțată pentru un act al autorității manifestat anterior aplicării criteriului de atribuire nu se impune cu autoritate de lucru judecat, pe de o parte, pentru că dispozițiile legale invocate privesc o altă situație juridică, iar pe de altă parte pentru că situația avută în vedere de instanță s-a modificat.

În continuare, prezintă incidența Deciziei civile nr. 491/2017 a Curții de Apel ... asupra cauzei, citează art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 și subliniază că, deși ...a declarat în conținutul DUAE că nu se află într-o situație de excludere există un număr de 5 certificate emise de Consiliul Județean ...în anul 2015 având ca obiect rezilierea a trei contracte încheiate cu ....

Prezintă, în continuare istoricul procedurii criticate.

Contestatoarea afirmă că atribuirea contractului s-a făcut unui ofertant al cărui preț este nejustificat de scăzut, mai mult autoritatea contractantă nu a realizat toate demersurile necesare pentru a verifica sustenabilitatea prețurilor/costurilor.

De asemenea, menționează că ...nu a respectat cerințele documentației de atribuire, privitoare la graficele Gantt, detaliate pe fiecare obiect și un grafic Gantt generalizat pentru toată investiția, deoarece din verificarea documentelor depuse de ofertantul câștigător a constatat că cele 5 grafice transmit infomații diferite, ceea ce presupune necorelarea informațiilor oferite.

Totodată, afirmă că, în răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 6498/21.09.2016, punctul 9, s-a precizat că *(...) graficul fizic se va prezenta procentual in cadrul propunerii tehnice, iar in cadrul propunerii financiare procentual si valoric,* însă în documentația întocmită de ..., prounerea tehnică, a prezentat la paginile 240-243 grafic de execuție fizic și valoric, încălcând răspunsul la clarificări menționat mai sus.

În ceea ce privește *Organizarea de șantier*, în răspunsul de clarificări nr. 6603/23.09.2016, la punctul 2, s-a menționat că „Locația organizării de șantier va fi pusă la dispoziția operatorului - căștigător în zona drumului de interes local .... Cu privire la suprafața, aceasta se va dimensiona de fiecare operator funcție de necesitățile acestuia și de propunerea întocmită în acest sens”.

Astfel, precizează că, în documentația ..., la pag. ... s-a descris numai modul de organizare, iar în listele de cantități dimensionarea cantitativă, fără să indice o planșă cu modul de organizare și amplasare a organizării pe terenul pus la dispoziție de beneficiar.

Cu privire la modul de prezentare a propunerii tehnice, coroborat cu răspunsul la clarificări înainte de depunerea ofertelor, contestatoarea dorește analiza modului de prezentare a listelor de cantități cu valori în propunerea tehnică la fel și prezentarea graficelor fizic și valoric în cadrul propunerii tehnice a ....

În ceea ce privește tardividatea formulării unor astfel de critici invocată prin răspunsul la notificarea prealabilă (excepție nemotivată), contestatoarea arată că nu este fondată, întrucât operatorul economic are dreptul, după analizarea dosarului de achiziție publică, să formuleze critici privitoare la modul de analizare a propunerilor tehnice sau financiare depuse de ofertantul câștigător.

În punctul său de vedere nr. A/32/28.06.2017, înregistrat la Consiliu cu nr. 26949/05.07.2017, ... solicită respingerea contestației ca neîntemeiată.

În susținerea acestei finalități arată că primele două aspecte invocate de contestatoare au fost deja analizate și stabilite prin Decizia nr. .../2017 a Curtii de Apel... în dosarul nr. .../2017. De asemenea, arată că, în procesul dintre Consiliul Județean ...din anul 2015, având ca obiect rezilierea contractelor încheiate cu ...Curtea de Apel ... s-a pronunțat și a

respins ambele recursuri, considerentele din Decizia nr. .../R-CONT rămân definitive.

Referitor la celelalte aspecte din contestație, autoritatea contractantă precizează că a solicitat ...clarificări atât referitor la propunerea tehnică, cât și la cea financiară, acestea făcând obiectul dosarului nr. 2476/2016, soluționat prin Decizia nr. ...2016.

Documentele necesare soluţionării cauzei au fost transmise cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 28302/12.07.2017.

Prin cererea de intervenție nr. 385/10.07.2017, înregistrată la Consiliul sub nr. 27799/10.07.2017, ...a solicitat cele menționate în partea introductivă a deciziei, aducând contraargumente față de cele susținute de contestatoare. A fost invocată excepția tardivității formulării notificării prealabile și a contestației.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 28469/13.07.2017, ... a transmis *Cerere de recuzare* a Completului nr. 9 învestit să soluționeze constestația în analiză.

Ulterior, prin Încheierea nr. .../17.07.2017, Consiliul a respins cererea de recuzare formulată.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 28488/13.07.2017, ... a depus concluzii scrise cu privire la cererea de intervenție formulată de ..., în cuprinsul cărora aduce contraargumente referitoare la cele susținute de intervenientă.

Prin adresa nr. 397/17.07.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 28925/17.07.2017, ...a solicitat studierea anumitor documente din dosarul cauzei.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reţine următoarele:

... a iniţiat procedura simplificată, într-o singură etapă, în vederea atribuirii contractului de *lucrări de modernizare aferente investițiilor: Modernizare drum de interes local ...ta ..., din ..., județul ...,* prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. 392046/15.09.2016. Din informaţiile anunțului de participare simplificat, Consiliul reține că valoarea estimată a contractului este de 2.107.212 lei, fără TVA, iar termenul de depunere a ofertelor a fost stabilit pentru 04.10.2016, ora 15:00.

În cadrul procedurii au fost emise anterior deciziile nr. .../07.12.2016 și ... 30.03.2017, prin care s-a dispus reevaluarea ofertei ....

Nemulţumită de decizia autorității contractante transmisă prin comunicarea nr. A/5/14.06.2017, potrivit căreia oferta ...a fost declarată câștigătoare, pentru motivele arătate, ... a depus contestația în analiză.

Vizavi de cererea de intervenție formulată de ..., văzând că aceasta are calitate şi capacitate procesuală şi a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, fiind ofertanta declarată câștigătoare, în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, Consiliul o încuviințează în principiu ca cerere de intervenţie în interesul autorităţii contractante.

Intervenția formulată în cauză este în interesul autorității contractante, respectiv acela de respingere a contestației și menținere ca fiind legale a actelor întocmite de achizitoare, prin care a fost desemnată câștigătoare oferta sa.

În ce privește excepția tardivității notificării prealabile și a contestației, invocată de intervenineta, Consiliul reține că societatea contestatoare critică rezultatul procedurii emis în data de 14.06.2017, notificarea prealabilă fiind formulată în data de 19.06.2017, cu respectarea termenului legal de 5 zile prevăzut la art. 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016. Contestația a fost formulată în termen de 5 zile de la primirea răspunsului nr. A/14/23.06.2017 al autorității contractante la notificarea prealabilă, respectiv a fost transmisă, prin e-mail, în data de 27.06.2017. Dat fiind că ultima zi pentru depunerea contestației era 28.06.2017, este lipsită de relevanță ora depunerii contestației.

De altfel, se poate observa că, în punctul de vedere asupra contestației, achizitoarea nu a invocat tardivitatea contestației, iar în răspunsul la notificarea prealabilă nu a specificat motivele pentru care a considerat tardive anumite critici formulate.

Trecând la soluționarea fondului contestației, Consiliul constată că, prin decizia nr. .../... din 30.03.2017, Consiliul a reținut următoarele:

Sub aspectul motivului de respingere reținut, Consiliul constată că, prin intermediul SEAP, comisia de evaluare a intrat în posesia a trei certificate constatatoare privind neîndeplinirea obligațiilor ...față de Consiliul Județean ....

Prin adresa nr. 801/01.02.2017, achizitoarea a solicitat contestatoarei clarificări în referire la cele trei documente constatatoare.

Ofertanta a răspuns cu adresa nr. 96/06.02.2017, în care a precizat că relația comercială derulată cu Consiliul Județean ...nu face obiectul procedurii organizată de .... A adăugat că modul de derulare a relației comerciale între ...și Consiliul Județean ...a făcut obiectul cererii de chemare în judecată formulată de ...(dosar nr. 783/109/2016 – Tribunalul ..., Secția de Contencios Administrativ și Fiscal). Prin hotărârea nr. 1020/2016 din 11.11.2016, instanța a admis în parte acțiunea și a obligat Consiliul Județean ...la plata sumei de 642.218,97 despăgubiri civile reprezentând contravaloarea lucrărilor de deszăpezire.

Contestatoarea a prezentat pe larg situația cu privire la derularea acordurilor-cadru (contractelor subsecvente) cu Consiliul Județean ...și a explicat că, *în data de 09.05.2015, Județul ..., prin adresa nr. 12425/09.09.2015, a notificat-o, comunicând o așa-zisă reziliere a contractelor subsecvente de servicii nr. 18235-7 din 22.12.2014, ca urmare a neexecutării obligațiilor contractuale asumate în termenul fixat, privind începerea prestării serviciilor pe timp de vară. Prin această adresă a pârâtului debitor nr. 12425/09.09.2015, cât și prin documentele constatatoare finale referitoare la îndeplinirea obligațiilor contractuale nr. 12783/16.09.2015, 12788/16.09.2015 și 12789/16.09.2015, semnate de președintele Consiliului Județean ..., nu se face referire la neîndeplinirea obligațiilor aferente serviciilor de întreținere pe timp de iarnă a căror contravaloare face obiectul acțiunii în pretenții, ci doar neexecutarea lucrărilor pe timp de vară, așadar servicii ce trebuiau efectuate în temeiul acelorași contracte ca cele în care se prevedea prestarea serviciilor de întreținere pe timp de iarnă și care erau executate anterior de ...și neachitate de debitoare.*

S-a adăugat că, în documentele constatatoare, nu se precizează niciun prejudiciu adus autorității contractante.

Ofertanta a concluzionat că, dată fiind soluția Tribunalului ...în dosarul nr. .../2016, documentele constatatoare nu pot conduce la incidența prevederilor alin. (1) lit. g) și alin. (8) art. 167 din Legea nr. 98/2016.

Potrivit art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 *"(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."*

Conform alin. (8) al aceluiași articol *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.*

Asupra aplicării prevederilor citate cazului analizat, ... a adresat o solicitare de clarificări Agenției Naționale pentru Achiziții Publice, aceasta precizând următoarele: *Având în vedere prevederile de mai sus precum și prevederile alin. (8) art. 167 din lege unde se menționează că se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/ executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract, considerăm că autoritatea contractantă se va raporta atât la documentele constatatoare emise de aceasta cât și la documentele constatatoare emise de alte autorități contractante, condițiile prevăzute la art. 167, alin. (1), lit. g) din Legea nr. 98/2016 nefiind aplicabile prin cumul, sintagma "sau" indicând faptul că emiterea unui document constatator pentru oricare din situațiile prevăzute de articolul în discuție, conduce la excluderea din procedură a ofertantului în cauză.*

De asemenea, urmare solicitării adresate de autoritatea contractantă, prin adresa nr. 12789/15.02.2017, Consiliul Județean ... a informat-o că documentele constatatoare nu au fost contestate în justiție potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004. S-a adăugat că, pe rolul Curții de Apel.., se află în curs de soluționare dosarul nr. .../2016, având ca obiect litigiu privind achizițiile publice – contract prestări servicii nr. 18235-7/22.12.2014, unde ...are calitatea de recurent reclamant, iar Județul ..., prin președintele Consiliului Județean ..., are calitatea de recurent pârât.

Analizând documentele constatatoare aflate la dosarul cauzei, se reține că acestea privesc contractele nr. 18237/22.12.2014, 466/22.12.2014, 18236/ 22.12.2014, 468/22.12.2014 și 18235/22.12.2014, 467/22.12.2014.

Documentele cuprind mențiunea neexecutării în mod corespunzător a contractelor și rezilierii lor, nefiind identificat vreun prejudiciu.

Totodată, se constată că, la dosarul cauzei, a fost depusă sentința civilă nr. 1020/2016 din 11.11.2016, în care sunt reținute, între altele: *"Pârâtul a invocat excepțiile lipsei de interes și neexecutarea contractului, excepții care sunt neîntemeiate și vor fi respinse ca atare, pentru motivele ce se vor arăta:*

Reclamanta justifică interesul legitim, în cauză prin necesitatea de a recupera contravaloarea unor servicii pe care le-a prestat.

De asemenea, nu poate fi reținută neexecutarea contractului întrucât la dosar sunt depuse procese verbale de recepție aferente serviciilor de deszăpezire, acte care sunt semnate și de reprezentanții pârâtului.

Cu privire la fondul cauzei se reține în baza acordurilor cadru și a contractelor subecvente încheiate între părți, în urma procedurii de achiziție publică desfășurată în baza OUG 34/2006, reclamanta s-a obligat să presteze servicii de deszăpezire și întreținere a drumurilor, pe mai multe drumuri naționale și județene pe raza județului ....

Părțile au stabilit și prețul serviciilor existând și posibilitatea ajustării acestuia, în condițiile convenite prin acordul cadru și contractele subsecvente.

Serviciile de deszăpezire și întreținere a drumurilor au fost prestate așa cum rezultă din procesele verbale de recepție care sunt confirmate și de reprezentanții pârâtului".

Soluția instanței a fost de respingere a excepțiilor privind lipsa de interes și a neexecutării contractului și admitere în parte a acțiunii reclamantei. Pârâta a fost obligată la plata către reclamant a sumei de 684.218,97 lei despăgubiri civile reprezentând contravaloarea lucrărilor de despăzire și întreținere.

Împotriva acestei sentințe ambele părți au formulat recurs la Curtea de Apel ..., Secția a II-a civilă, de contencios administrativ şi fiscal, astfel cum se arată și în adresa nr. 12789/15.02.2017 a Consiliului Județean ....

Se observă, așadar, din cele de mai sus, că, pentru a decide respingerea ofertei ..., autoritatea contractantă a luat în considerare cele trei documente constatatoare, fără a lua în calcul sentința civilă amintită și probele depuse în susținere de contestatoare.

Din textul articolului art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu alin. (8) al aceluiași articol, se desprind două condiții a fi îndeplinite pentru excluderea ofertantului. Astfel, pe de o parte, este necesar ca *operatorul economic să-și fi încălcat în mod grav sau repetat obligaţiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziţii publice încheiat anterior,* iar, pe de altă parte, *aceste încălcări să conducă la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancţiuni comparabile.* Se consideră încălcări grave, între altele, neexecutarea contractului.

Totodată, conform art. 168 alin. (1) din lege *Autoritatea contractantă are obligaţia de a accepta ca fiind suficient şi relevant pentru demonstrarea faptului că ofertantul/candidatul nu se încadrează în una dintre situaţiile prevăzute la art. 164, 165 şi 167, orice document considerat edificator, din acest punct de vedere, în ţara de origine sau în ţara în care ofertantul/candidatul este stabilit, cum ar fi certificate, caziere judiciare sau alte documente echivalente emise de autorităţi competente din ţara respectivă.*

Din întregul material probator aflat la dosarul cauzei, nu se poate trage concluzia că cele două condiții mai sus amintite sunt îndeplinite în cazul ....

Într-adevăr, societatea contestatoare nu a depus nicio dovadă că a solicitat anularea și suspendarea documentelor constatatoare, în condițiile Legii contenciosului administrativ nr. 554/2005, astfel încât ele să nu își producă efectele.

Cu toate acestea, în contextul noii legislații, simpla existență a documentelor constatatoare nu poate conduce la excluderea ofertantului, câtă vreme trebuie verificată de către autoritate îndeplinirea anumitor condiții prevăzute expres de textele legale citate.

Autoritatea contractantă nu a demonstrat că ofertanta și-a încălcat în mod grav și repetat obligațiile contractuale și nici că aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancţiuni comparabile, cu atât mai mult cu cât documentele constatatoare nu cuprind referire la existența vreunui prejudiciu.

În cauză, nu se poate vorbi despre o încetare anticipată a contractelor și o neexecutare a lor, câtă vreme ...a opus autorității contractante excepția de neexecutare, iar prin sentința civilă nr. 1020/2016 din 11.11.2016 a Tribunalului ..., Secția Civilă, s-a respins excepția de neexecutare a contractului ridicată de Consiliul Județean ..., printre altele, reținându-se că *serviciile de deszăpezire și întreținere a drumurilor au fost prestate, așa cum rezultă din procesele-verbale de recepție care sunt confirmate și de reprezentanții pârâtului*.

Potrivit art. 1556 alin. (1) din Codul civil *"Atunci când obligațiile născute dintr-un contract sinalagmatic sunt exigibile, iar una dintre părți nu execută sau nu oferă executarea obligației, cealaltă parte poate, într-o măsură corespunzătoare, să refuze*

executarea propriei obligații, afară de cazul în care din lege, din voința părților sau din uzanțe rezultă că cealaltă parte este obligată să execute mai întâi".

Astfel cum invocă și contestatoarea, excepția *non adimpleti contractus* reprezintă un mijloc de apărare aflat la dispoziția uneia dintre părțile contractului sinalagmatic pe care îl exercită în cazul în care i se pretinde executarea obligației ce-i incumbă, fără ca partea care pretinde aceasta executare să-și execute propriile obligații.

De asemenea, conform art. 430 alin. (1) și (4) Cod procedură civilă (1) "*Hotărârea judecătorească ce soluționează, în tot sau în parte, fondul procesului sau statuează asupra unei excepții procesuale ori asupra oricărui alt incident are, de la pronunțare, autoritatea de lucru judecat cu privire la chestiunea tranșată. (4) Când hotărârea este supusă apelului sau recursului, autoritatea de lucru judecat este provizorie*". Hotărârea este opozabilă terților, conform art. 435 Cod procedură civilă.

Autoritatea contractantă nu putea ignora toate documentele și explicațiile aduse de ...și să ia în considerare, pentru a decide excluderea ofertantei de la procedură, doar documentele constatatoare emise de Consiliul Județean ....

Nefiind demonstrată de către achizitoare îndeplinirea condițiilor la care face referire art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, oferta nu putea fi exclusă.

Se constată, astfel, față de cele de mai sus, că în mod nelegal a fost respinsă oferta contestatoarei, impunându-se reevaluarea acesteia.

Împotriva deciziei Consiliului a fost formulată plângere de către ..., plângere respinsă de Curtea de Apel ..., Secția a II-a civilă, de contencios administrativ şi fiscal, prin hotărârea nr. ... /2017 din 02.05.2017.

Prin procesul-verbal nr. A/3/12.06.2017, oferta ...a fost declarată admisibilă și câștigătoare, oferta contestatoarei, clasându-se pe locul II.

Vizavi de criticile din contestație referitoare la certificatele constatatoare privind neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către ..., Consiliul s-a pronunțat prin decizia anterioară, stabilind că oferta nu putea fi exclusă pe baza certificatelor constatatoare emise anterior.

Decizia Consiliului fiind obligatorie, conform art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă nu a făcut decât să pună în aplicare cele stabilite de organul administrativ și menținute de instanța de control.

Potrivit art. 431 alin. (2) Cod procedură civilă "*Oricare dintre părți poate opune lucrul anterior judecat într-un alt litigiu, dacă are legătură cu soluționarea acestuia din urmă*".

Doctrina și jurisprudența s-au exprimat în sensul că nu este necesară tripla identitate de părți, obiect și cauză pentru a fi invocat lucrul judecat, câtă vreme se aduce în discuție o chestiune litigioasă soluționată anterior.

Consiliul nu poate reanaliza motivele aduse în discuție de ... cu privire la certificatele constatatoare depuse de ..., câtă vreme ele au fost analizate anterior, ajungându-se la concluzia că este necesară reevaluarea ofertei, în sensul că certificatele respective nu pot determina excluderea ofertei.

Organul administrativ nu poate relua verificarea ofertei în privința unor aspecte deja analizate.

Deși nu există identitate de obiect, contestația în analiză privind adresa nr. A/5/14.06.2017, act față de care contestația este formulată în

termen, și nici de părți, criticile cu privire la certificatele constatatoare fiind analizate de Consiliu ca urmare a contestației formulate anterior de ..., există lucrul judecat asupra aspectelor dezlegate, ele neputând fi readuse în discuție.

De altfel, Curtea de Apel ..., Secția a II-a civilă, de contencios administrativ şi fiscal, prin hotărârea nr. .../2017 din 02.05.2017, prin care a respins plângerea formulată împotriva deciziei Consiliului nr. .../... din 30.03.2017, a concluzionat că, în mod corect, Consiliul a apreciat că nu sunt îndeplinite în mod cumulativ cerințele în referire la certfiicatele constatatoare în discuție, care să atragă excluderea ofertantului.

Fiind tranșată chestiunea litigioasă determinată de excluderea ofertantei ...pe baza certificatelor constatatoare emise anterior, aspectele din contestație nu vor fi reanalizate, cele decise anterior căpătând autoritate de lucru judecat.

Contrar susținerilor contestatoarei, pronunțarea de către Curtea de Apel ..., Secția a II-a civilă, de contencios administrativ şi fiscal, în data de 30.05.2017, a deciziei nr. 645, prin care a fost respins ca nefondat recursul ...și ca tardiv pe cel al Comunei ..., formulate împotriva deciziei pronunțate de Tribunalul ..., Secția civilă, în dosarul nr. ... /2016 (sentința civilă nr. 1020/11.11.2016), nu modifică situația avută în vedere de Consiliu și de instanță, câtă vreme, în decizia sa anterioară Consiliul a reținut că: *În cauză, nu se poate vorbi despre o încetare anticipată a contractelor și o neexecutare a lor, câtă vreme ...a opus autorității contractante excepția de neexecutare, iar prin sentința civilă nr. 1020/2016 din 11.11.2016 a Tribunalului ..., Secția Civilă, s-a respins excepția de neexecutare a contractului ridicată de Consiliul Județean ..., printre altele, reținându-se că serviciile de deszăpezire și întreținere a drumurilor au fost prestate, așa cum rezultă din procesele-verbale de recepție care sunt confirmate și de reprezentanții pârâtului.*

Sentința tribunalului, avută în vedere, a rămas definitivă, recursurile fiind respinse.

De altfel, în decizia nr. 645, Curtea de Apel ... a reținut că "*se apreciază că atâta vreme cât nu există documentația necesară pentru efectuarea plății, așa cum părțile au stabilit prin contract, chiar dacă nu se neagă executarea lucrărilor, în mod corect instanța de fond a admis parțial pretențiile recurentei-reclamante, refuzând plata serviciilor din perioada 01-15.03.2015 nerecepționate*".

Așadar, instanța nu a reținut că nu ar fi fost executate lucrările, ci că nu există documentația pentru efectuarea plăților.

Inclusiv asupra corectitudinii momentului în care au fost verificate certificatele a fost tranșat de Consiliu în decizia anterioară, în care s-au decis următoarele:

Vizavi de criticile aduse faptului că verificarea DUAE s-a efectuat ulterior evaluării propunerii tehnice și financiare, Consiliul reține că, într-adevăr, astfel cum a susținut și contestatoarea, aspectele reținute în comunicarea rezultatului procedurii trebuiau analizate de comisie la momentul verificării DUAE, și nu ulterior.

În acest sens sunt relevante următoarele dispoziții din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016:

- art. 65 alin. (1) *Comisia de evaluare analizează DUAE în conformitate cu prevederile cuprinse în cap. IV secţiunea a 8-a din Lege. (2) Comisia de evaluare are obligaţia de a analiza şi de a verifica fiecare ofertă atât din punctul de vedere al*

elementelor tehnice propuse, cât şi din punctul de vedere al aspectelor financiare pe care le implică. (3) În urma finalizării fiecăreia dintre fazele de verificare prevăzute la alin. (1) şi (2), autoritatea contractantă comunică fiecărui ofertant ce a fost respins motivele care au stat la baza acestei decizii, iar celorlalţi faptul că se trece la faza următoare de verificare, cu respectarea prevederilor cap. IV secţiunea a 13-a din Lege. (4) Comisia de evaluare are obligaţia, în urma finalizării fiecăreia dintre fazele de verificare prevăzute la alin. (1) şi (2), să introducă în SEAP rezultatul admis/respins, să comunice motivele de respingere ofertanţilor respinşi, să deschidă în SEAP sesiunea pentru prezentarea documentelor-suport aferente DUAE depuse de ofertantul de pe primul loc, precum şi să acorde un termen de răspuns;

- art. 132 alin. (1) și (2) *"(1) În cazul în care, în cadrul documentaţiei de atribuire, a fost prevăzută obligaţia îndeplinirii unor criterii de calificare şi selecţie formulate în baza criteriilor prevăzute la cap. IV secţiunea a 6-a paragraful 1 din Lege, comisia de evaluare are obligaţia verificării modului de îndeplinire a acestora de către fiecare ofertant/candidat în parte prin analizarea conţinutului DUAE. (2) Comisia de evaluare are obligaţia solicitării documentelor doveditoare privind îndeplinirea criteriilor de calificare ofertantului clasat pe primul loc în urma aplicării criteriului de atribuire*."

În cazul analizat, ulterior evaluării propunerii tehnice și financiare, care a cuprins inclusiv etapa de contestare la Consiliu a rezultatului privind evaluarea tehnică, comisia de evaluare a obținut din sistemul electronic anumite certificate constatatoare care, în opinia sa, demonstrau o completare eronată a DUAE de către ofertant, or, aceste constatări trebuiau a fi realizate în etapa de verificare a DUAE.

Cu toate acestea, dată fiind existența respectivelor certificate constatatoare, nici autoritatea contractantă, nici Consiliu, nu le poate ignora și, pentru faptul că a fost depășită etapa de verificare a DUAE, să nu le analizeze, astfel încât să poată fi stabilită admisibilitatea/ inadmisibilitatea ofertei.

Vizavi de criticile aduse prețului ofertat de ..., apreciat ca fiind nejustificat de scăzut, aspectele invocate de contestatoare au un caracter general și nu sunt susținute de documente.

Consiliul nu poate stabili că a fost declarată câștigătoare o ofertă cu un preț nesustenabil pe baza unor supoziții și a unor afirmații nedovedite.

Referitor la graficele Gantt, Consiliul constată că, la pag. 32 din grafic, pentru tronsonul I, Ulița .., este specificat un termen de execuție de 52 zile, deși la pag. 35 (în mod eronat 32, cum a scris contestatoarea) este de 50 zile, intervenienta a explicat că diferența provine din "simultaneitatea cu lucrările pentru organizarea de șantier".

În ce privește absența drumului critic din grafice, Consiliul constată că, prin adresa nr. 7264/18.10.2016, pct. 5.4, s-a solicitat ofertantei să indice pagina/secțiunea unde se regăsește drumul critic. Ofertanta a răspuns cu adresa nr. 1377/21.10.2016, în care a explicat că drumul critic este evidențiat cu culoarea roșie. Atașat intervenției, au fost depuse graficele printate color, în care apar perioadele evidențaite cu culoare roșie. De altfel, potrivit agendei din subsolul graficelor, culoarea roșie marchează drumul critic.

Referitor la resursele umane și tehnice, se constată că, prin aceeași adresă nr. 7264/18.10.2016, autoritatea contractantă a solicitat lămuriri ofertantei, care a răspuns cu adresa nr. 1377/21.10.2016, în care a arătat că au fost declarate la pag. 12-16, coroborat cu extrasele de resurse (Formularele C7, C8 și C9).

În decizia nr. 2137/C9/2476 din 07.12.2016, formulată de ...împotriva deciziei de respingere a ofertei sale, Consiliul a reținut următoarele:

Analizând propunerea tehnică a contestoarei, Consiliul constată că, la pag. 12-16 din aceasta, sunt indicate echipele de execuție pentru fiecare obiectiv/categorie de lucrări (terasamente – infrastructură drum, suprastructură drum, podețe noi, șanțuri betoane, rigole cu capace carosabile, siguranța circulației), la pag. 39 – organigrama proiectului, la pag. 40-52 – Descrierea rolurilor și responsabilităților personalului, la pag. 53 și 54 – Personalul ce va fi angajat în contract.

În modelul de formular nr. 8, autoritatea contractantă a precizat că se va prezenta o organigramă cuprinzătoare care să identifice în mod clar tot personalul și echipamentele pe care acesta intenționează să le utilizeze la realizarea lucrărilor. Organigrama va include și o descriere a rolurilor și responsabilităților personalului și liniile de comunicare dintre membrii echipei.

În organigrama prezentată de ofertantă este identificat personalul implicat în executarea contractului, inclusiv lucrători specializați și necalificați și liniile de comunicare între membrii echipei. Coroborat și cu celelalte informații existente în propunerea tehnică nu se poate considera că autoritatea contractantă era pusă în situația de a nu cunoaște personalul de care dispune ofertanta și modul în care acesta va fi utilizat în executarea lucrării, astfel că măsura respingerii pentru motivele reținute în comunicare este nejustificată.

De asemenea, referitor la modul de prezentare a propunerii tehnice și financiare (pct. III și V din contestație), în aceeași decizie, Consiliul a reținut următoarele:

Trecând la analiza criticilor privind criptarea prețului, Consiliul constată că, în fișa de date a achiziției, la modul de prezentare a propunerii tehnice, s-a solicitat prezentarea listelor cu cantitățile de lucrări, fișele tehnice și formularele completate conform caietului de sarcini, inclusiv pentru organizarea de șantier și a extraselor de resurse materiale, manoperă, utilaj și transport. De asemenea, în cadrul formularului 7, se indică prezentarea listelor cu cantități de lucrări și a resurselor materiale, manoperă, utilaj și transport.

La Modul de prezentare a ofertei, cap. IV.4.3, s-a făcut precizarea că prețul se criptează, iar documentele care conțin elemente de preț se semnalează corespunzător.

În răspunsul la clarificări, ofertanta a precizat că, *în cadrul fișei de date, s-a solicitat în cadrul cap. IV.4.1) Modul de prezentare a propunerii tehnice, prezentarea listelor cu cantități de lucrări și extrasele resurse materiale, manoperă, utilaj și transport, fără nicio altă precizare privind modul de prezentare a celor solicitate (cu sau fără valori). Pentru ca îndeplinirea cerinței să se facă cât mai complet s-au inclus în propunerea tehnică listele cu cantitățile de lucrări, precum și extrasele de resurse. S-au respectat și prevederile art. 60 din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, întrucât: oferta și DUAE au fost transmise în format electronic până la data și ora limită de depunere; valoarea totală a propunerii financiare a fost criptată în SEAP, documentele de fundamentare a valorii propunerii financiare au fost încărcate în secțiunea dedicată a portalului SEAP și vor fi vizibile comisiei de evaluare după decriptarea propunerii financiare*.

În comunicarea privind rezultatul evaluării etapa I, s-a consemnat că, prin raspunsul la clarificari transmis, a prezentat o justificare neconcludenta, deoarece acesta face referire la cerinta din fisa de date, cap IV.4.1-Modul de prezentare a propunerii tehnice, unde s-a cerut prezentarea Listelor cu cantitatile de lucrari, fisele tehnice si formularele completate conform caietului de sarcini, inclusiv pentru organizarea de santier si Extraselor de resurse materiale, manopera, utilaj si transport, insa, daca ar fi coroborat prevederile documentatiei de atribuire, respectiv Fisa de date, cap IV.4.3-Modul de prezentare a ofertei, care precizeaza ca "pretul se cripteaza, iar documentele ce contin elemente de pret se semnaleaza corespunzator", prin

depunerea de documente care contin valori necriptate in oferta tehnica incalca o prevedere din Fisa de date parte integranta din documentatia de atribuire, care precizeaza ca "pretul se cripteaza, iar documentele ce contin elemente de pret se semnaleaza corespunzator", precum si cu prevederile H.G. nr. 395/2016, art 60, avea obligatia criptarii si semnalizarii documentelor ce contineau valori finaciare ale ofertei astfel incat acestea sa nu fie vizibile comisiei de evaluare dacat in momentul etapei de analiza financiara.

De asemenea, prevederile fisei de date sunt obligatorii pentru ofertanti din momentul luarii la cunostiinta de catre aceasta continand toate datele necesare pentru intocmirea unei oferte viabile.

Contrar susținerilor autorității contractante, câtă vreme în fișa de date a achiziției, la modul de prezentare a propunerii tehnice, s-a precizat expres că vor fi prezentate listele cu cantități de lucrări și extrasele de resurse, fără vreo mențiune legată de indicarea sau nu a valorilor financiare care se evidențiază în cadrul acestora, în mod corect, ofertanta a depus respectivele liste și resurse în cadrul propunerii tehnice. Fără o precizare în sensul de a fi depuse listele și extrasele fără prețuri unitare și valori totale, atâta vreme cât acestea, la momentul întocmirii lor, prin aplicații specializate, cuprind și valorile, în mod firesc ofertanta le-a prezentat cu valori. Prin modul de întocmire a documentației de atribuire, achizitoarea trebuie să asigure ofertanților informații clare și suficiente pentru elaborarea în mod corespunzător a ofertei, nu să ceară acestora coroborarea unor informații pentru a o elabora astfel cum se așteaptă autoritatea.

În ce privește organizarea de șantier, în aceeași decizie nr. 2137/C9/2476 din 07.12.2016 (pct. IV), s-au reținut:

Analizând primul motiv de respingere, Consiliul constată că acesta privește neconcludența răspunsului la întrebarea: ”Unde se regăsește dimensionarea cantitativă a organizării de șantier pentru respectarea prevederilor legale și unde a detaliat abordarea proprie din punct de vedere tehnologic execuția acestora”.

În fișa de date a achiziției, la cap. IV.4.1) Modul de prezentare a propunerii tehnice, pct. 1, s-a solicitat Prezentarea modului de realizare a lucrărilor (planul propus) (Formular nr. 7) care va descrie abordarea din punct de vedere proces tehnologic (metodologia de execuție) pentru realizarea lucrărilor (lit. a).

În răspunsul la solicitările de clarificări, ofertanta a făcut referire la pag. 233-239 și pag. 16 și 17.

La pag. 16 și 17 din propunerea tehnică se găsesc următoarele precizări: ”Conform legislației în vigoare, organizarea de șantier se stabilește de către executantul lucrării pe baza unui proiect propriu realizat în funcție de organizarea tehnologică proprie. Pe parcursul execuției lucrărilor materialele principale puse în operă (balast, piatră spartă, nisip, mixturi asfaltice, beton etc) vor fi transportate în momentul utilizării lor. Astfel nu se vor constitui depozite pe amplasamentul lucrării. Se vor constitui depozite doar în cadrul organizării de șantier și anume pentru materiale diverse (panouri cofraj, plasă de sârmă, oțel beton, material mărunt) și pentru cantități mici din materialele principale puse în operă. (...) Organizarea de șantier se va realiza în conformitate cu prevederile proiectului și cu specificațiile beneficiarului. Pe timpul desfășurării lucrărilor, activitățile din organizarea de șantier vor fi monitorizate de către conducerea tehnică a șantierului asigurându-se astfel o bună exploatare a terenului și o corectă evacuare a deșeurilor ce vor rezulta. De asemenea, reparațiile utilajelor se vor efectua în locații specializate, astfel împiedicând poluarea mediului cu produse petroliere, uleiuri etc. Având în vedere că organizarea de șantier va putea fi racordată la rețelele de apă, canalizare și energie electrică, se va anliza împreună cu inginerul posibilitățile reale de branșare. În cazul în care nu se poate realiza branșamentul la canalizare, se va aduce pe fiecare amplasament câte un WC ecologic, având în vedere că aici se va realiza cea mai mare densitate de oameni de pe șantier și vor fi și posturile de pază cu asigurare 24 de ore din 24 cu om pe amplasament”.

În ce privește pag. 233-239 din propunerea tehnică, într-adevăr, astfel cum a remarcat și autoritatea contractantă, acestea cuprind listele cu cantitățile de lucrări pentru organizarea de șantier, liste solicitate la cap. IV.4.2) Modul de prezentare a propunerii financiare.

Cu toate acestea, dat fiind că achizitoarea a solicitat să se precizeze unde se regăsește dimensionarea cantitativă a organizării de șantier, iar în listele cu cantități de lucrări erau evidențiate astfel de informații (transportul dotărilor pentru organizarea de șantier-2486 lei, container – 1 buc, toaleta ecologică – 1 buc, montare/demontare container și toaleta ecologică – 4 buc), în mod corect, ofertanta a indicat paginile respective.

Faptul că, în propunerea tehnică, ofertanta nu a indicat distinct cantitățile pentru organizarea de șantier, însă unele dintre acestea erau evidențiate în listele de cantități, nu înseamnă că oferta trebuia respinsă.

Vizavi de susținerea că prezentarea de la paginile 16 și 17 este generală, Consiliul reține că, deși, astfel cum a susținut și comisia de evaluare, prezentarea poate fi considerată una cu caracter general, se observă că aceasta cuprinde informații prin intermediul cărora s-a făcut cunoscut modul de abordare a organizării de șantier în cazul lucrării ce urmează a se executa.

În cazul în care aprecia că informațiile prezentate sunt insuficiente și împiedică modul de derulare a contractului, autoritatea contractantă trebuia să facă aplicarea art. 134 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 și să solicite clarificări concrete de completare a elementelor din propunerea tehnică, neputându-se considera că acestea ar fi fost esențiale în cadrul acesteia. Măsura eliminării din competiție a ofertantei pentru lipsa unor informații concrete, fără a se cunoaște care sunt acestea și fără a se solicita completarea lor, este o măsură disproporționată raportat la cerința în discuție, cu atât mai mult cu cât au fost prezentate informații detaliate la pag. 16 și 17 din propunerea tehnică.

Mai mult decât atât, interesul autorității contractante era să se asigure asupra modului în care ofertanta va aborda organizarea de șantier, nu să respingă oferta pentru faptul că dimensionarea cantitativă a respectivei organizări nu a fost evidențiată distinct în propunerea tehnică sau pentru lipsa unor elemente, care nu sunt cunoscute cu exactitate, nefiind specificate expres în comunicarea privind rezultatul procedurii că ar trebui cuprinse la modul de prezentare a organizării de șantier.

Potrivit Metodologiei privind elaborarea devizului general pentru obiective de investiţii şi lucrări de intervenţii (anexa 4 a Hotărârii Guvernului nr. 28/2008), la cap. 5, se cuprind Alte cheltuieli, între care:

5.1. Organizare de şantier

Se cuprind cheltuielile estimate ca fiind necesare contractantului în vederea creării condiţiilor de desfăşurare a activităţii de construcţii-montaj.

5.1.1. Lucrări de construcţii şi instalaţii aferente organizării de şantier

Se cuprind cheltuielile aferente construirii provizorii sau amenajării la construcţii existente pentru vestiare pentru muncitori, grupuri sanitare, rampe de spălare auto, depozite pentru materiale, fundaţii pentru macarale, reţele electrice de iluminat şi forţă, căi de acces - auto şi căi ferate -, branşamente/racorduri la utilităţi, împrejmuiri, panouri de prezentare, pichete de incendiu şi altele asemenea. Se includ, de asemenea, cheltuielile de desfiinţare de şantier.

5.1.2. Cheltuieli conexe organizării de şantier

Se cuprind cheltuielile pentru: obţinerea autorizaţiei de construire/desfiinţare aferente lucrărilor de organizare de şantier, taxe de amplasament, închirieri semne de circulaţie, întreruperea temporară a reţelelor de transport sau distribuţie de apă, canalizare, agent termic, energie electrică, gaze naturale, a circulaţiei rutiere, feroviare, navale sau aeriene, contractele de asistenţă cu poliţia rutieră, contract temporar cu furnizorul de energie electrică, cu unităţi de salubrizare, taxe depozit ecologic, taxe locale; chirii pentru ocuparea temporară a domeniului public, costul energiei electrice şi al apei consumate în incinta organizării de şantier pe durata de

execuţie a lucrărilor, costul transportului muncitorilor nelocalnici şi/sau cazarea acestora, paza şantierului, asigurarea pompierului autorizat etc.

Ofertanta a prezentat cum va aborda organizarea de șantier și a cuprins-o în propunerea financiară, iar în cazul în care avea nelămuriri punctuale vizavi de aceasta, autoritatea contractantă putea solicita clarificări și completări concrete, astfel încât să se asigure că au fost respectate dispozițiile legale.

Astfel fiind, se constată a fi întemeiate criticile contestatoarei vizavi de primul motiv de respingere, reținut în comunicarea privind rezultatul evaluării ofertelor.

Așadar, se observă că aspectele criticate de contestatoare au determinat respingerea ofertei ..., însă Consiliul, prin decizia din decembrie 2016, a considerat că în mod nelegal a fost respinsă oferta acestei societăți.

Se constată astfel a fi nefondate criticile contestatoarei cu privire la oferta ....

Astfel fiind, Consiliul va admite cererea de intervenție.

Pentru aceste motive,
în baza legii şi a mijloacelor de probă aflate la dosar,
CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge ca nefondată contestaţia formulată de ..., în contradictoriu cu ....

În conformitate cu art. 64 Cod procedura civilă, încuviințează în principiu cererea de intervenție formulată de ...și o admite.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare.

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