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 nr. ...../....., înregistrată la Consiliu cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ....., …, județul ....., având număr de înregistrare în Registrul Comerţului ..... și CUI RO ....., reprezentată legal de administrator …, privind procedura simplificată - într-o singură etapă, organizată de ...., cu sediul în ....., …, ..., în calitate de entitate contractantă, pentru atribuirea contractului de lucrări având ca obiect Reparații, igienizări și întreținere la clădirile, spațiile și instalațiile aparținând .... – 4 loturi, cod CPV 45453000-7 Lucrări de reparații generale și de renovare (Rev. 2), contestatoarea a solicitat ..... și a tuturor actelor subsecvente acesteia, precum și reevaluarea ofertei sale.

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

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţia de faţă, prin care ofertantul SC ..... SRL reclamă decizia entității contractante de respingere ca inacceptabilă a ofertei sale, în cadrul procedurii de atribuire menţionată în partea introductivă, învederând în motivare că, prin adresa nr. 1471/13.10....., entitatea contractantă i-a solicitat clarificări cu privire la documentul constatator nr. 181585/24.06.....

Coroborând solicitarea entității contractante cu dosarul nr. 8880/221/2016 la care a făcut referire, a răspuns că: „la data

prezentei dosarul nr. 8880/221/2016 este pe rol la Tribunalul ..... cu termen de judecată în data de 16.11.....".

Cu toate că entitatea contractantă a recunoscut în adresa nr. 1620/31.10..... că dosarul nr. 8880/221/2016 se află pe rolul Tribunalului ....., totuși oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, încălcând astfel, prevederile art. 161 alin. (8) din HG nr. 394/2016.

Din punctul său de vedere, petenta consideră că, înainte de a lua o decizie de excludere a ofertei sale din procedură, comisia de evaluarea avea obligația de a ține cont de jurisprudența europeană, cum ar fi Hotărârea CJUE/13.12.2012, în cauză C-465/11, în procedura Forposta SA, ABC Direct Contact sp. z o.o. împotriva Poczta Polska SA, fiind relevante paragrafele 30 și 31.

Concluzionând existența unui document constator negativ, calificat astfel pentru diverse motive de neexecutare întocmai a contractului, nu dă dreptul entității contractante să elimine din competiție ofertantul respectiv.

Având în vedere prevederile art. 184 alin. (1) și (2) din Legea nr. 99/2016, contestatoarea a atașat documente din care rezultă că ...., în calitate de autoritate contractantă, avea dreptul să emită certificatul constatator negativ numai în cazul în care vina ar fi aparținut în exclusivitate executantului, ori SC ..... SRL a depus la Tribunalul ..... dovada, respectiv adresa nr. 549/26.04.2016, că ....nu i-a permis accesul în subsolul obiectivului pe care astfel, nu l-a putut finaliza.

Deși contestatoarea i-a comunicat entității contractante, respectiv ...., argumente cu privire la modul de desfășurare a procedurii cu autoritatea contractantă ...., totuși aceasta i-a răspuns prin adresa nr. 1675/08.11..... că nu va adopta măsuri de remediere, menținând decizia de respingere a ofertei sale.

În vederea soluţionării contestaţiei, Consiliul a solicitat entității contractante, prin adresa nr. 48239/...../...../13.11....., în temeiul art. 18 din Legea nr. 101/2016, transmiterea copiei dosarului achiziţiei publice, documentul constator care a stat la baza deciziei de respingere a ofertei contestatoarei, precum şi punctul de vedere cu privire la contestaţie.

Prin adresa nr. TM1 10/1/1748/16.11....., înregistrată la CNSC cu nr. 49661/21.11....., autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestaţia depusă de SC ..... SRL, împreună cu documentele solicitate.

...., prin punctul său de vedere, solicită respingerea contestației formulată de contestatoare, pentru fiecare lot, ca neîntemeiată.

Astfel, precizează că, în procesul de evaluare a ofertei, comisia de evaluare s-a întrunit pentru verificarea ofertelor depuse online, în SEAP, de către ofertanți.

În temeiul prevederilor art. 72 alin. (1) și art. 138 din HG nr. 394/2016, a verificat modul de îndeplinire a criteriilor de calificare prin

analiza conținutului DUAE, în conformitate cu prevederile cuprinse în cap. V, secțiunea a 7-a din Legea nr. 99/2016.

Astfel, au fost supuse evaluării DUAE-urile depuse de către ofertanții ....(lot 1 și 2), SC ..... SRL (lot 1-4) și .... (lot 4).

Comisia de evaluare a analizat DUAE-urile depuse de .... și ...., acestea fiind corespunzătoare cerințelor documentației de atribuire.

În ceea ce privește DUAE-ul depus pentru fiecare lot de SC ..... SRL, comisia de evaluare a constatat că ofertantul a consemnat în cadrul acestuia la Cap. III Secțiunea C, „Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale", rubrica „încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile", după ce a bifat opțiunea „da", următoarele: „Instanța: Tribunalul ....., Dosar nr. 8880/221/2016, Termen: 05.10....., Calitatea Reclamant în proces cu ..... și .... în calitate de pârâți".

La întrebarea „ați luat măsuri pentru a demonstra fiabilitatea dumneavoastră („autocorectare")", ofertantul bifează „nu" și pune o liniuță în dreptul câmpului în care trebuia să le descrie pe acestea.

Date fiind cele expuse, comisia de evaluare a decis necesitatea identificării obiectului litigiului invocat, precum și analizarea acestuia, înainte de luarea vreunei decizii cu privire la admisibilitatea sau nu a ofertantului în cauză.

Astfel, la accesarea portal.just.ro și verificarea numărului de dosar consemnat se identifică litigiul în cauză cu părțile menționate, litigiu care la data prezentă nu este finalizat, fiind pe rolul Tribunalului .....

Având în vedere specificul rubricii în cadrul căreia ofertantul a declarat litigiul, s-a procedat la căutarea pe SEAP a documentelor constatatoare primite de acest ofertant și s-a identificat publicarea sub nr. 52130/24.06.2016 a documentului constatator 181585/24.06.2016, emis de .... al ....ca urmare a derulării contractului de lucrări nr. 156529/05.06.2015 având ca obiect „Modernizare pavilion cazare fete la .... al ....", în care se specifică că, contractul nu a fost îndeplinit corespunzător, precizându-se succint principalele motive care au stat la baza emiterii acestei decizii și consemnându-se la rubrica „prejudicii aduse" suma de 388.051,77 lei, reprezentând lucrări neefectuate și dobânzi penalizatoare pentru întârzierea în realizarea lucrărilor.

Pe cale de consecință, comisia de evaluare, în aplicarea prevederile art. 161 alin. (8) din HG nr. 394/2016, a apreciat că situația ofertantului reflectă îndeplinirea condițiilor prevăzute la art. 180 alin. (1) lit. g) din Lege, astfel ofertantul a încălcat în mod grav obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice încheiat anterior, respectiv nu a respectat termenele de executare a lucrărilor din culpa sa, ceea ce a condus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Pentru a-și demonstra credibilitatea prin raportare la motivele de excludere, înainte de luarea unei decizii cu privire la admisibilitatea sau nu a acestei oferte, comisia de evaluare a hotărât solicitarea de clarificări în acest sens, mai ales că informațiile cuprinse în DUAE, precum și cele regăsite pe portal, nu au fost găsite edificatoare. Toate acestea sunt cuprinse în procesul-verbal de evaluare a ofertelor nr. TM 110/1/1470/13.10.....

Astfel, în data de 13.10....., cu adresa nr. TM 110/1/1471/13.10....., ofertantului contestator i s-a adresat o solicitare de clarificări, pentru fiecare lot, prin care i s-a precizat că având în vedere existența documentului constatator nr. 181585/24.06.2016, emis de .... al ....ca urmare a derulării contractului de lucrări nr. 156529/05.06.2015, situația acestuia reflectă îndeplinirea condițiilor prevăzute la art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, astfel se atestă că acesta a încălcat în mod grav obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice încheiat anterior, respectiv nu a respectat termenele de executare a lucrărilor din culpa sa, ceea ce a condus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

În situația dată, ofertantul a fost rugat să furnizeze în termenul acordat, dovezi concrete care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere, conform art. 184 din actul normativ indicat anterior, iar în eventualitatea în care acestea există, să le includă și la nivelul DUAE.

În data de 30.10....., comisia de evaluare s-a întrunit în ședința pentru continuarea procesului de evaluare a ofertelor, având ca punct de începere răspunsul primit din partea ofertantului SC ..... SRL.

Comisia de evaluare a luat la cunoștință despre răspunsul primit din partea ofertantului SC ..... SRL. Acesta a răspuns cu adresa nr. 766/18.10....., valabilă pentru toate loturile, precizând ca la „data prezentă”, 18.10....., dosarul nr. 8880/221/ 2016 este pe rolul Tribunalului ..... cu termen de judecată 16.11..... Ofertantul a atașat plângerea sa către Judecătoria ....., în calitate de reclamantă împotriva .... și ..... în calitate de pârâți, precizarea de acțiune unde s-a solicitat revocarea documentului constatator postat pe SEAP de către ....și print-screenul privind termenul de judecată de pe site-ul Tribunalului ..... Totodată, a mai pecizat că va transmite DUAE revizuit cu modificarea termenului de judecată.

Comisia de evaluare a analizat DUAE-urile revizuite depuse de SC ..... SRL, pentru fiecare lot, odată cu răspunsul la solicitarea de clarificări, conform precizărilor consemnate mai sus și a constatat că ofertantul a consemnat în cadrul acestuia la partea III Motive de excludere, Sectiunea C, „Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale”, rubrica „încetare anticipată, daune-

interese sau alte sancțiuni comparabile", după ce a bifat opțiunea „da”.

La întrebarea „ați luat măsuri pentru a demonstra fiabilitatea dumneavoastră („autocorectare”)”, ofertantul a bifat și de această dată „nu” și pune o liniuță în dreptul câmpului în care ar fi trebuit să le descrie pe acestea.

Comisia de evaluare a reținut astfel că, pentru ofertantul SC ..... SRL, a fost emis documentul constatator nr. 181585/24.06.2016, emis de .... al ....ca urmare a derulării contractului de lucrări nr. 156529/05.06.2015, în care s-a specificat că, acest contract nu a fost îndeplinit corespunzător, precizându-se concis principalele motive care au stat la baza emiterii acestei decizii și consemnându-se la rubrica „prejudicii aduse” suma de 388.051,77 lei, reprezentând lucrări neefectuate și dobânzi penalizatoare pentru întârzierea în realizarea lucrărilor.

Pe cale de consecință, comisia de evaluare, în aplicarea prevederile art. 161 alin. (8) din HG nr. 394/2016, a apreciat că situația ofertantului reflectă îndeplinirea condițiilor prevăzute la art. 180 alin. (1) lit. g) din Lege, astfel ofertantul a încălcat în mod grav obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice încheiat anterior, respectiv nu a respectat termenele de executare a lucrărilor din culpa sa, ceea ce a condus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Ofertantul a confirmat că obiectul litigiului invocat ce formează dosarul juridic nr. 8880/221/2016 aflat pe rolul Tribunalului ....., este reprezentat de anularea documentului constatator invocat mai sus, însă comisia de evaluare a constatat că acest litigiu nu este soluționat, iar ofertantul nu furnizează niciun fel dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

Totodată, având în vedere că documentul constatator este un document ce poate fi atacat în condițiile Legii nr. 554/2004, ofertantul nu a depus o hotărâre judecătorească prin care se suspendă acest document. În acest sens, răspunsul ofertantului la solicitarea de clarificări și documentele atașate nu sunt de natură celor necesare a înlătura efectele documentului constatator menționat anterior.

Prin urmare, comisia de evaluare a decis excluderea ofertantului SC ..... SRL din această procedură de atribuire, în baza art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, deoarece operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract 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 sancțiuni comparabile, considerând oferta acestuia inacceptabilă conform art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016, întrucât oferta nu a îndeplinit cerințele de calificare și

selecție prevăzute. Decizia privind excluderea acestui ofertant a fost adusă la cunoștința conducătorului entității contractante, spre aprobare.

Având în vedere că pentru lotul 3 – Caransebeș, acest ofertant este singurul care a depus ofertă, s-a propus anularea acestui lot, în temeiul art. 225 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016, nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă, propunere care a fost aprobată de conducătorul entității contractante.

Decizia respingerii ofertei SC ..... SRL, împreună cu motivele ce au stat la baza luării acestei decizii au fost comunicate acestuia, respectându-se prevederile art. 228 alin. 1) și 2) lit. b) din Legea nr. 99/2016.

În plus, cu ocazia ședinței de evaluare din data de 03.11....., având în vedere evaluarea propunerii tehnice a ofertantului ...., depusă pentru lotul 4, s-a luat decizia respingerii acesteia, ca neconformă, în baza art. 143 alin. (3) lit. a) HG nr. „395/.....", astfel încât s-a propus anularea procedurii de atribuire și pentru acest lot, în baza art 225 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016, nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă, propunere care a fost de asemenea aprobată de conducătorul entității contractante.

Cu privire la alegațiile contestatoarei referitoare la „reintroducerea acestuia în competiție" cu consecința excluderii din procedura de achiziție în situația în care instanța pe rolul căreia se află litigiul având ca obiect anularea documentului constatator negativ primit va proceda la respingerea acțiunii sale, petenta prezentând „acordul" său prealabil, entitatea contractantă a precizat că această variantă nu s-a regăsit niciodată în cadrul legal ce reglementează achizițiile publice.

De altfel, entitatea contractantă a invocat, în favoarea sa, o hotărâre a CNSC favorabilă, în sensul în care decizia de respingere a unui ofertant, având motivație identică a fost menținută de către acesta, ofertantului respingându-i-se contestația ca nefondată, respectiv Decizia Consiliului nr. 1928/31.07....., pronunțată în dosarul 2180/..... Decizia Consiliului a fost contestată la Curtea de Apel Timișoara, fiind soluționată definitiv la aceasta data (DC nr. 6161/02.10..... în dos. 1057/59/.....) instanța respingând acțiunea petentului și, pe cale de consecință, menținând ca temeinică decizia Consiliului de respingere a contestației formulate de acest operator economic împotriva hotărârii de respingere a ofertei sale pentru aceleași considerente.

În concluzie, având în vedere toate cele expuse mai sus, ... solicită constatarea că decizia sa a fost una corectă, cu respectarea prevederilor legale în domeniu, iar decizia de respingere a ofertei contestatoarei, pentru cele 4 loturi la care a depus ofertă, cu consecința obligației entității contractante de anulare a procedurii de atribuire, loturile 3 și 4, conform art. 225 alin. (1) lit. a) din Legea nr.

99/2016 au fost legale și ca urmare, respingerea contestației formulată de SC ..... SRL, ca nefondată.

Prin adresa nr. 978/06.12....., înregistrată la CNSC cu nr. 52116/06.12....., contestatoare invocă decizia Consiliului nr. 3135 din 24.11.....

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

În vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect Reparații, igienizări și întreținere la clădirile, spațiile și instalațiile aparținând .... – 4 loturi, ..., în calitate de entitate contractantă, a iniţiat procedura simplificată, într-o singură etapă. Conform anunţului de participare simplificat nr. ...../....., publicat în Sistemul Electronic de Achiziţii Publice, data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită pentru 28.09....., ora 1500. Valoarea estimată a contractului este de 349.990,34 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este preţul cel mai scăzut.

Ca urmare a comunicării de către entitatea contractantă a adresei nr. 1620/31.10..... și fiind nemulţumită de faptul că oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, SC ..... SRL a depus contestaţie, solicitând ..... și toate actele subsecvente acesteia, precum și reevaluarea ofertei sale.

La analiza criticilor contestatoarei împotriva deciziei entității contractante de a respinge oferta contestatoarei pentru toate cele 4 loturi ca inacceptabilă motivat de existența documentului constatator nr. 181585/24.06.2016, emis de ....– ...., Consiliul constată temeinicia criticilor.

În stabilirea acestei finalități, Consiliul a avut în vedere motivele de respingere a ofertei contestatoarei ca inacceptabilă de către achizitoare, astfel cum au fost acestea comunicate prin adresa nr. TM1 10/1/1620/31.10.....: ... vi s-a solicitat clarificarea unor aspecte ce vizau motivele de excludere consemnate de dvs. în cuprinsul DUAE-urilor depuse pentru fiecare lot, motivate de existența documentului constatator nr. 181585/24.06.2016, emis de ....– .....

În speță, vi s-a solicitat să furnizați dovezi concrete care să arate că măsurile luate de dvs. sunt suficiente pentru a demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere, conf. art. 184 din Legea nr. 99/2016, iar în eventualitatea în care acestea există, să le includeți și la nivelul DUAE.

Astfel, Consiliul constată că, prin adresa nr. TM1/10/1/1471/ 13.10....., achizitoarea a solicitat contestatoarei, în referire la certificatul constatator nr. 181585/24.06.2016, emis de ....– ...., furnizarea de dovezi concrete care să arate că măsurile luate de dvs. sunt suficiente pentru a demonstra în concret credibilitatea sa.

La această solicitare, Consiliul constată că autoarea contestației a răspuns prin adresa nr. 766/18.10....., precizând că dosarul 8880/221/2016 este pe rol la Tribunalul ....., cu termen de judecată în data de 16.11....., iar în susținere a fost depusă copia plângerii făcute către Judecătoria ....., împotriva .... și ....– ...., prin

care s-a solicitat revocarea documentului constatator în discuție (postat în SEAP) și un print screen privind termenul de judecată din Portalul instanțelor, precum și DUAE revizuit cu modificarea termenului de judecată.

Consiliul constată că, prin procesul-verbal nr. TM1 10/1/1618/ 30.10....., achizitoarea a stabilit că răspunsul primit este neconcludent și că sunt îndeplinite cerințele art. 180 alin. (1) lit. g) din Lege nr. 99/2016. De asemenea, a mai reținut entitatea contractantă că nu a fost depusă o hotărâre judecătorească prin care să fi fost suspendat certificatul constatator și că documentele prezentate nu sunt de natura celor necesare pentru a înlătura efectele acestuia, pentru ca, în final, să concluzioneze că autoarea contestația și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții sectoriale și nu îndeplinește cerințele de calificare și selecție prevăzute.

Consiliul constată că, în fapt, pentru soluționarea cauzei, în discuție este măsura în care existența acestui certificat constatator este sau nu suficientă pentru respingerea unei oferte, precum și măsura în care dovezile aduse de contestatoare sunt de natură a dovedi faptul că nu sunt îndeplinite cerințele impuse de legiuitor la art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016: (*1) Entitatea 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*.

În soluționarea cauzei sunt considerate relevante și dispozițiile art. 184 alin. (1), (2) și (3) din Legea nr. 99/2016, potrivit cărora:

(1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situaţiile prevăzute la art. 177, 178 şi 180 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 entitatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilităţii, entitatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire.

(3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situaţiile prevăzute la art. 177, 178 şi 180 le poate furniza entităţii 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.

Analizând toate aceste documente, Consiliul constată referitor la Documentul constatator nr. 181585/24.06.2016, emis de ....– ...., beneficiar în contractul nr. 156529/05.06.2015, că emiterea lui este motivată de neîndeplinirea contractului, în sensul că nu au fost respectate termenele contractuale de executare a lucrărilor din culpa executantului, până la data prevăzută în contract, procentul valoric de realizare a lucrărilor fiind de 69% (stadiu fizic și financiar), au fost întocmite cu întârziere unele documente necesare derulării corespunzătoare a contractului, nu a fost respectat graficul de execuție a lucrărilor, a fost ignorată solicitarea beneficiarului de a se asigura prezența pe șantier a personalului: responsabil șef de șantier (a fost schimbat de 3 ori și a avut prezențe sporadice), responsabil tehnic cu execuția, responsabil cu respectarea normelor de securitate și sănătate a muncii, responabil cu controlul calității (nu a fost prezent niciodată pe șantier), a fost schimbat șeful de șantier și responsabilul tehnic cu execuția declarați inițial în documentele de calificare, fiind stabilite următoarele prejudicii: 388051,77 lei reprezentând lucrări neefectuate și dobânzi penalizatoare pentru întârzierea în realizarea lucrărilor.

În același timp, conform informațiilor existente pe portal.just.ro, în dosarul nr. 8880/221/2016, Tribunalul ....., Sectia a II-a Civilă de Contencios Administrativ şi Fiscal, a stabilit noul termen pentru 11.01.2018 în acţiunea deschisă de SC ..... SRL, împotriva .... și ....– ...., în referință la certificatul constatator și notificarea rezultată privind executarea garanției de bună execuție. Consiliul constată că nu există alte informații cu privire la situația acestei cauze din punct de vedere al existenței unui eventual prejudiciu.

Prin urmare, Consiliul constată că nu poate fi cuantificat prejudiciul creat, în condițiile în care nu au fost făcute plăți, presupusul prejudiu fiind legat de neexecutarea unor lucrări. De asemenea, nu există informații care să ateste contravaloarea dobânzilor penalizatoare. Astfel, se constată că nu există informații cu privire la prejudiul creat. Mai mult decât atât, eventualele prejudicii au fost acoperite de garanția de bună execuție, beneficiarul contractului în discuției făcând demersuri pentru executarea acesteia.

Consiliul consideră că autoritatea contractantă nu putea ignora faptul că nu a fost cuantificat prejudiciul în cazul contractului pentru care a fost emis certificatul constatator în discuție și explicațiile aduse de contestatoare.

De asemenea, din documentele aflate la dosarul cauzei nu se poate constata, în mod evident, din culpa căreia dintre părți s-a ajuns la situația creată. Verificările efectuate de achizitoare nu au putut determina că situația contractului în analiză a fost rezultatul culpei exclusive a contestatoarei.

Cât privește contractul nr. 156529/05.06.2015, având ca beneficiar pe ....– ...., conform adresei nr. 181467/08.06.2016, se constată existența mențiunii faptului că acest contract a încetat de drept prin expirarea termenului prevăzut. De asemenea, conform aceluiași document beneficiarul a pus în vedere contestatoarei aplicarea penalităților începând cu 01.06.2016, de 0,1% pe zi din prețul contractului și intenția de admite pretenții asupra garanției de bună execuție.

Prin urmare, Consiliul consideră că entitatea contractantă în mod eronat a apreciat că SC ..... SRL îi sunt aplicabile dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, neputându-se constata că acesta şi-ar fi 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, astfel cum prevede textul de lege invocat pentru respingerea ofertei contestatoarei.

În apreciarea sa Consiliul are în vedere dispozițiile exprese cu privire la respingerea unui ofertant pe baza unor documente constatoare, astfel cum sunt acestea stabilite de legiuitor la art. 161 alin. (8) din HG nr. 394/2016: *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. 180 alin. (1) lit. g) din Lege*.

Prin urmare, achizitoarea, prin comisia de evaluare, trebuia să urmărească îndeplinirea cumulativă a celor 2 condiții impuse prin art. 180 alin. (1) din Legea nr. 99/2016.

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

Într-adevăr, până la momentul prezentării documentelor, nu se poate constata că a fost anulat ori supendat documentul constatator în discuție, în condițiile Legii contenciosului administrativ nr. 554/2005, astfel încât acesta să nu își producă efectele.

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

Astfel, autoritatea contractantă nu a demonstrat că în cauză contestatoarea 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, 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 documentul constatator nu

cuprinde referire la existența prejudiciului, iar litigiul în instanță nu a fost soluționat în mod definitiv. Faptul că în secțiunea cu informații legate de documentul constatator emis de SC ..... SRL, publicat în SEAP, este bifată opțiunea ”DA”, iar în corpul documentului se precizează ca prejudiciu lucrări neexecutate și dobânzi penalizatoare pentru întârzierea lucrărilor, nu atestă existența prejudiciului.

Astfel, autoritatea contractantă trebuia să procure și, ulterior, să analizeze toate dovezile prezentate de contestatoare, prin raportare la situaţia concretă, precum şi la pretinsele încălcări contractuale care sunt puse în sarcina autoarei contestației simpla afirmație a beneficiarului legată de culpa prestatorului nefiind suficientă.

Având în vedere toate acestea, Consiliul reţine că prevederile art. 180 alin. (1) lit. g) din lege nu trebuie utilizate în scopul excluderii unui operator economic care a fost acuzat că nu și-ar fi îndeplinit obligațiile contractuale într-un contract, cu atât mai mult cu cât, la acest moment, nu se cunoaște în sarcina cui este culpa, a achizitoarei sau a prestatorului. Astfel, această apreciere lăsată la latitudinea achizitoarei nu trebuie interpretată ca fiind echivalentă cu un drept discreționar ce poate fi exercitat în orice condiţii, sau că existenţa documentului constatator, conduce, de drept, la respingerea ofertantului.

În aceste condiții, Consiliul reţine că, în procesul-verbal nr. TM1 10/1/1618/30.10..... de analizare a răspunsului la solicitarea de clarificări, nu există argumente care să susţină condiţiile prevăzute de legiuitor referitoare la încălcarea în mod grav sau repetat a obligațiilor contractuale, cu consecința încetării anticipate a contractelor, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile, ci doar concluzii, și nici aspecte legate de credibilitatea ofertanților.

În acest sens s-a pronunțat și Curtea de Apel Oradea – Secţia a II-a Contencios, Administrativ şi Fiscal prin Decizia nr. 1852/CA/2016-R din 27.09.2016, în dosarul nr. 507/35/CA/2016 și Decizia nr. 2598/CA/2016-R, în dosarul 545/35/CA/2016-R. fiind statuate următoarele:

”Curtea reţine că nu este suficient că fapta ofertantului de a nu-şi fi îndeplinit obligaţiile contractuale sau de a le fi îndeplinit necorespunzător să fi produs beneficiarului un prejudiciu, ci ca acest prejudiciu să fie grav.

În mod corect a reţinut Consiliul că autoritatea contractantă nu a solicitat .... să-i comunice dacă a apreciat că în derularea contractelor cu pricina, ... i-a pricinuit un grav prejudiciu, deşi ar fi trebuit să o facă, aceasta fiind singura în măsură să aprecieze dacă prejudiciul suferit, generat de ofertanta ...., a fost grav sau nu,

Respectiv:

Consiliul a invocat în sprijinul soluţiei adoptate atât normele de drept comunitar, respectiv art. 45 din Directiva 18/2004/CE, cât şi jurisprudenţa Curţii de Justiţie a Uniunii Europene (cauza C-465/11) reţinând că poate fi exclus de la participarea la un contract un

operator economic „care s-a făcut vinovat de o gravă abatere profesională, dovedită prin orice mijloace pe care autorităţile contractante le pot justifica".

A reţinut, în mod întemeiat, că noţiunea „abatere gravă" presupune din partea operatorului economic un comportament care denotă o intenţie culpabilă sau neglijenţă de o anumită gravitate din partea sa, astfel că o executare incorectă, imprecisă sau defectuoasă a unui contract sau a unei părţi din contract nu echivalează în mod automat cu o abatere gravă, menţionând că prevederile art. 181 lit. c1 nu trebuie utilizate ca un instrument de excludere a operatorului economic care a greşit la un moment dat în contextul îndeplinirii unui contract, iar atitudinea autorităţii contractante nu trebuie interpretată ca fiind echivalentă cu un drept ce poate fi exercitat în orice condiţii, fiind necesară probarea unui cumul de condiţii care urmează a fi îndeplinite pentru ca decizia de excludere sa poată fi considerată una corectă".

Consiliul reține că instanța de apel a statuat în sensul că simpla existență a documentului constatator nu dă dreptul achizitoarei de excludere a ofertei din procedură, cu atât mai mult cu cât noua legislație impune noi repere în ceea ce privește cele două condiții cumulative ce trebuie îndeplinite pentru a fi permisă o astfel de măsură.

Nefiind demonstrată de către achizitoare îndeplinirea condițiilor la care face referire art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, oferta depusă de contestatoare 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.

Legat de publicarea prematură a documentului constatator în SEAP, Consiliul consideră că acest aspect nu conduce la nulitatea lui.

Pentru toate aceste motive, Consiliul va admite contestația formulată de SC ..... SRL, în contradictoriu cu ...., și va dispune reevaluarea acestei oferte.

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

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite contestaţia formulată de către SC ..... SRL, în contradictoriu cu ...., anulează procesul-verbal nr. TM1 10/1/1618/ 30.10..... și actele subsecvente acestuia. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei contestatoarei pentru toate cele 4 loturi și stabilirea rezultatului procedurii, în termen de 15 zile de la primirea deciziei, cu respectarea celor din motivare, a documentației de atribuire și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor sectoriale. Rezultatul procedurii va fi comunicat operatorilor economici implicați în termenul legal.

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

PREŞEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
……	**……**	**……**

Redactată în 4 exemplare, conţine 13 pagini.