CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ....

Data: ....

Prin contestația nr. ... depusă de ..., cu sediul în ....., lider al asocierii ...- ..., formulată împotriva încălcării legislației achizițiilor publice, prin actul administrativ vătămător, respectiv adresa nr. ..., reprezentând solicitare de clarificări, emisă de către ... cu sediul în .... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „...”, coduri CPV ..., s-a solicitat anularea documentului mai sus menționat.

Prin contestația nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., depusă de ..., cu datele de identificare susmenționate, lider al asocierii ...- ..., formulată împotriva încălcării legislației achizițiilor publice, prin actul administrativ vătămător, respectiv adresa nr. ..., reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, emisă de către aceeași autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, s-au solicitat următoarele:

- anularea adresei nr. ... privind comunicarea rezultatului procedurii și constatarea caracterului abuziv, netemeinic și lipsit de fundament legal al acesteia;

- constatarea caracterului admisibil al criticilor cu privire la acceptabilitatea și conformitatea ofertei sale;

- ca și consecință a petitelor anterioare, obligarea autorității contractanta la reevaluarea ofertei sale, cu respectarea cerințelor din cuprinsul documentației de atribuire, a legislației aplicabile în materia achizițiilor publice și a principiilor consacrate de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016;

- anularea, în parte, a raportului procedurii și a actelor subsecvente referitoare la evaluarea și aprecierile cu privire la inadmisibilitatea și neconformitatea ofertei sale;

- obligarea la plata cheltuielilor (onorariu avocațial) suportat de ... în cursul soluționării prezentei contestații.

Aplicând dispozițiile art.17 alin.2 din Legea nr.101/2016, pentru pronunțarea unei soluții unitare, Consiliul conexează cele două dosare.

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

Consiliul a fost legal sesizat să soluționeze contestațiile de față, prin care ... critică adresa nr. ...., reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, emise de către autoritatea contractantă, în opinia sa, cu încălcarea legislației achizițiilor publice.

În opinia contestatoarei, actul atacat pornește de la premisa greșită că terțul susținător/ subcontractantul ... se află în situația prevăzută la art. 167 alin. 1 lit. g raportat la alin. 8 din Legea nr. 98/2016, motiv pentru care ar trebui să facă dovada celor reținute la art. 171 alin. (1) din același act normativ.

Pe cale de excepție, contestatoarea înțelege să invoce excepția autorității de lucru judecat cu privire la cele 3 certificate constatatoare care au făcut obiectul contestației anterioare, pe motiv că atât CNSC, cât și ... au analizat motivul de excludere prin prisma existenței acestora și au concluzionat, în mod definitiv, faptul că acesta este inaplicabil societății ....

În motivarea contestației nr. ..... arată că, prin Decizia nr. ...., CNSC a anulat decizia autorității contractante privind eliminarea ofertei depusă de asocierea sa, motivat de neaplicarea prevederilor art.167 alin. 1 lit. g raportat la alin. 8 din Legea nr. 98/2016, terțului susținător/ subcontractantului ..., decizia CNSC fiind rămasă definitivă prin Decizia civilă nr. 561/2018 care "*apreciază ca întemeiate cele reținute de Consiliu în ceea ce privește ce-l de-al doilea motiv de respingere*".

Totodată, subliniază că, în urma .... dar cu încălcarea acestora, autoritatea contractantă, prin adresa de clarificări nr. ..., i-a solicitat următoarele: "*să faceți dovada celor reținute la art.171 alin. 1 din Legea nr. 98/2016, având în vedere existența documentelor constatatoare obiect al contestației, dar și existența documentului constatator cu nr. ..., emis de Județul Botoșani*". Împotriva acestei solicitări, a formulat notificare prealabilă, în conformitate cu prevederile art. 6 din Legea nr. 101/2016, la care răspunsul autorității contractante a fost excluderea sa din procedură.

Față de acest aspect, contestatoarea consideră că solicitarea de clarificări nr. ... pornește de la premisa greșită a faptului că terțul susținător/subcontractantul ... se află în situația prevăzută de art.167 alin. 1 lit. g raportat la alin.8 din Legea nr.98/2016, motiv pentru care apreciază că ar trebui să facă dovada celor reținute la art. 171 alin. 1 din același act normativ.

În acest sens, arată că atât CNSC, cât și ... au analizat motivul de excludere prevăzut la art.167 alin. 1 lit. g raportat la alin. 8 din Legea

nr. 98/2016, și au concluzionat, în mod definitiv, faptul că acesta este inaplicabil societății ... prin raportare la cele 3 certificate constatatoare.

În susținerea celor de mai sus, invocă Decizia ....

Autoarea contestației menționează că, solicitarea comisiei de evaluare face referire la un număr de 4 certificate constatatoare emise pentru terțul susținător/subcontractantul ... respectiv:

> Certificatul constatator nr. ..., aferent procedurii de achiziție publică având ca obiect „....., conform căruia contractul nu a fost îndeplinit corespunzător ca urmare a nerespectării termenelor de servicii, respectiv predarea cu ... lei, penalități pentru servicii de proiectare; - servicii ce nu au fost în sarcina ...;

> Certificatul constatator nr...conform căruia contractul nu a fost îndeplinit corespunzător motivat de nerespectarea termenelor de execuție a lucrării, fără cuantificarea prejudiciului; (certificatul constatator a fost anulat – depune anexat - extras de pe portalul ....

> Pentru aceeași investiție, ...

> Certificatul constatator nr. ..., aferent procedurii de achiziție publică având ca obiect .....

...

prezintă mai jos detaliile referitoare la cel de-al patrulea certificat constatator nr. ...., astfel:

*.... nu a fost respectat graficul de execuție a lucrărilor, în sensul că nu s-a respectat ordinea tehnologică de execuție în conformitate cu graficul de execuție ce a fost anexa la contract, dar termenul de finalizare a lucrării a fost respectat.

*... - punctul 5 se reține că: ”Comisia de recepție, în urma constatărilor făcute, propune: admite recepția lucrărilor.... ”, ”Comisia de recepție motivează propunerea făcută prin: ...- terminarea lucrărilor prevăzute în contractul de execuție și în documentațiile anexa la contract; - executarea lucrărilor de bună calitate în conformitate cu prevederile contractului de execuție ..." ceea ce demonstrează că ..., și-a îndeplinit obligația principală ce îi revenea, respectiv aceea de finalizare a lucrărilor, iar contractul de execuție lucrări nu a fost reziliat anticipat.

*Ca urmare a nerespectării graficului de execuție, în certificatul constatator nr. ... la capitolul prejudicii s-a reținut: ”Eventualitatea unui litigiu în cazul în care executantul nu va suporta cheltuielile devenite neeligibile din culpa sa” dar nu au fost stabilit nici un prejudiciu.

*În cadrul dosarului nr. ..., a contestat emiterea certificatului constatator nr. ....

*Prin urmare, însăși instanța de judecată a ajuns la concluzia că prin documentul constatator nu au fost aplicate sancțiuni în sarcina executantului lucrării și nici nu a fost efectuată o cuantificare a unui eventual prejudiciu.

*În ceea ce privește „eventualul” prejudiciu, și anume suportarea cheltuielilor eligibile din acest proiect de către autoritatea contractantă, menționează faptul că acesta a fost suportat, în totalitate, de către societatea ..., ...

*Prin urmare, prejudiciul este doar al societății ..., care a suportat valoarea cheltuielilor neeligibile, acestea nefiind achitate de către ....

*Cu alte cuvinte, societatea a executat lucrări în valoare de ... lei, care nu au fost achitate de către autoritate, dar există și certificat constatator că în cazul în care nu le va suporta autoritatea se consideră prejudiciată.

*....

De asemenea, autoarea contestației învederează că nu se justifică nici solicitarea comisiei de evaluare de a preciza daca va utiliza prevederile art. 170 alin.2 din Legea nr. 98/2016 în privința subcontractantului/terțului susținător ..., motivat de faptul că acesta nu se regăsește nici în situația prevăzută de art. 167 alin. 1 lit. c din Legea nr. 98/2016.

....

Totodată, apreciază ca excesivă și solicitarea: "Nu în ultimul rând, vă solicitam să precizați motivația dvs. în sensul explicării motivelor pentru care existența situaților mai sus regăsite nu au fost reținute prin DUAE-urile prezentate inițial de către ofertant", motivat de faptul că și instanța de judecată și ....

... subliniază că nici unul dintre cele 3 contracte pentru care s-au emis cele 4 certificate constatatoare nu a fost reziliat și nu au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni comparabile în legătură cu respectivele contracte.

Având în vedere că nu sunt îndeplinite condițiile cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege, prin raportare la existența celor 4 documente constatatoare, contestatoarea afirmă că, în mod corect, în formularul DUAE al terțului susținător/subcontractantului ... s-a bifat NU la întrebarea: "încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile (...)".

De asemenea, evidențiază că, prin răspuns, a transmis autorității contractante și recomandarea nr. .... reține "Lucrările s-au încadrat în termenele contractuale atât calitativ, cât și cantitativ" care demonstrează ca ... și-a îndeplinit obligațiile contractuale, serviciile de proiectare nefiind în sarcina sa.

În concluzie, ... a solicitat Consiliului să contate că, în mod corect, ... nu a precizat documentele constatatoare în formularul DUAE, aceasta neîncadrându-se în situația în care *„un contractul de achiziții publice anterior, un contract anterior încheiat cu o entitate contractantă sau un contract de concesiune anterior a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni comparabile în legătură cu respectivul contract anterior*".

Ca temei de drept, au fost invocate prevederile menționate în contestație.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, înscrisuri.

În motivarea contestației nr. .... a fost încunoștiințat că oferta sa a fost exclusă din procedură, în baza prevederilor art. 167 alin. 1 lit. g din Legea nr. 98/2016 pentru existența constatatoarelor privind neîndeplinirea obligațiilor contractuale în mod repetat și respinsă din

procedură ca inacceptabilă, în baza prevederilor art. 137 alin. 1 și 2 lit. b și art. 134 alin.5 din HG nr. 395/2016, deoarece nu a răspuns la solicitările de clarificări, în mod concludent și nu a completat DUAE în conformitate cu solicitările autorității contractante stabilite prin fișa de date a achiziției.

Față de acest aspect, contestatoarea reia cele menționate în cuprinsul contestației nr. .... subliniind că autoritatea contractantă a apreciat răspunsul său ca fiind neconcludent, întrucât nu a înlocuit terțul susținător și subcontractantul ..., trecând din nou peste cele reținute de Curtea de Apel, care precizează: "în subsidiar, în măsură în care se impune".

În acest sens, ... învederează că prin răspunsul transmis, a demonstrat că nu se impune, aspect reținut și prin .... emisă în cauză, care menționează: "se constată că în speță nu sunt întrunite condițiile normative pentru a se concluziona că ... și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile, neputându-se dispune excluderea asocierii ... - ... pentru acest motiv."

Totodată, subliniază că, autoritatea contractantă a considerat răspunsul său ca fiind neconcludent și datorită faptului că ... nu a precizat, în formularul DUAE inițial, existența certificatelor pe care aceasta le consideră negative, contestatoarea evidențiind încă odată că, atât prin .....

În scopul reabilitării dezirabilei legalități, ... solicită dispunerea unor măsuri de remediere, în sensul constatării admisibilității și conformității ofertei sale și lipsa existenței vreunui motiv de excludere în ceea ce privește terțul susținător/subcontractant ..., cu consecința menținerii în procedură a ofertei sale.

În drept, au fost invocate toate dispozițiile legale din cuprinsul contestației, precum și jurisprudența CNSC.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, înscrisuri.

În temeiul art. 15 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul a solicitat autorității contractante punct de vedere cu privire la excepția autorității de lucru judecat, invocată de ... în cuprinsul contestației.

Prin punctul de vedere nr..... a solicitat Consiliului respingerea excepției autorității de lucru judecat, precum și respingerea contestației ca fiind lipsită de interes, iar pe fond, ca neîntemeiată.

În ceea ce privește excepția autorității de lucru judecat, autoritatea contractantă afirmă că, contestația nu se îndreaptă împotriva rezultatului procedurii - comunicat la data de .... - ci împotriva unei solicitări de clarificări transmisă de către comisia de evaluare în cadrul procesului de reevaluare. Autoritatea de lucru judecat are în vedere principiul non bis in idem, respectiv că nu se poate judeca a doua oară un proces între: aceleași părți, cu aceeași cauza și același obiect.

Totodată, subliniază că, în speța de față, nu este îndeplinită condiția cauzei pentru a exista autoritatea de lucru judecat deoarece, între timp, la reluarea evaluării, în baza .....s-a pornit atât de la premisa stabilită în aceste hotărâri - ca cele 3 documente constatatoare nu fac dovada îndeplinirii prevederilor art. 167 alin. 1 lit. g) din Legea nr. 98/2016, dar că, totodată, consultând SEAP la secțiunea "documente constatatoare" s-a regăsit un al patrulea document constatator negativ pentru aceeași societate comercială – ... - astfel încât cauza de respingere a ofertei diferă față de cea deja soluționată definitiv de instanță.

În concluzie, apreciază că nu există autoritate de lucru judecat, fapt ce rezultă și din reținerile raportului procedurii ce citează din cuprinsul celor două decizii.

Referitor la excepția privind lipsa interesului promovării acestei contestații, autoritatea a solicitat Consiliului admiterea acesteia pentru următoarele considerente: condițiile de exercitare a acțiunii civile sunt următoarele: afirmarea unui drept, interesul (legitim, născut și actual, personal și direct), capacitatea procesuală și calitatea procesuală. Dintre cele enumerate anterior, interesul nu este o condiție îndeplinite de către ....

Față de acestea, evidențiază că, din raportul procedurii se poate observa că ofertantul, ca preț, are o valoare superioară ofertei stabilită ca fiind câștigătoare, astfel încât, nu ar avea nicio șansă la câștigarea contractului, astfel încât nu poate dovedi un interes propriu, născut și actual în contestarea acestei proceduri.

În concluzie, consideră contestația formulată de ..., ca fiind lipsită de interes.

De asemenea, ... apreciază cererea de anulare parțială a raportului procedurii ca fiind lipsită de obiect, deoarece la data prezentei acesta nu a fost întocmit/redactat.

În ceea ce privește fondul contestației, organizatoarea procedurii apreciază că aceasta se impune a fi respinsă ca neîntemeiată.

Autoritatea contractantă precizează că, luând în considerare motivarea .....

În acest sens, subliniază că a solicitat contestatoarei următoarele clarificări....un răspuns care reia reținerile expuse în notificarea prealabilă.

Autoritatea învederează că a răspuns notificării prealabile prin comunicarea rezultatului procedurii în urma căreia oferta ... a fost respinsă.

În luarea deciziei sale, evidențiază că a luat în considerare și existența/preexistența documentului constatator nr. ..., ce inițial nu a fost în discuția ....

Totodată, consideră că răspunsul la clarificări este neconcludent deoarece, se susține că nu sunt aplicabile prevederile art. 164-167 din Legea nr. 98/2016 și astfel contestatoarea nu înțelege să facă aplicarea dispozițiilor art. 170 alin. 2 din același act normativ, respectiv să înlocuiască subcontractantul/terțul susținător ..., deși i-a fost învederata

această posibilitate atât de autoritatea contractantă, cât și de către CNSC și instanță.

Față de acest aspect, ... afirmă că ... și-a asumat riscul de a fi respins în momentul în care a decis, chiar și în urma solicitării de clarificări, în acest sens, să nu înlocuiască subcontractantul/terțul susținător.

De asemenea, autoritatea arată că se mai precizează că informațiile din DUAE sunt conforme cu realitatea, deși se recunoaște existența documentelor constatatoare aduse în discuție, iar acestea, deși preexistente, nu au fost notate în DUAE-ul prezentat inițial; și pentru acest motiv consideră că răspunsul la clarificări nu este concludent.

În concluzie, ... apreciază că a respins oferta contestatoarei, în mod corect.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente aflate la dosarul achiziției publice.

Prin adresa ...., Consiliul a solicitat contestatoarei, în temeiul dispozițiilor art. 15 alin. (1) și art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, punctul de vedere cu privire la excepția lipsei de interes a contestației și a lipsei de obiect a capătului de cerere privind anularea parțială a raportului procedurii, excepții invocate de autoritatea contractantă prin punctul său de vedere nr. ...

Prin adresa nr..... ... a cerut respingerea excepției lipsei de interes motivat de faptul că, în prezenta contestație, se contestă o adresa de solicitare de clarificări, care, în opinia asocierii sale, nu respectă prevederile legale și cele stabilite anterior în cauză de CNSC și ..., prin urmare interesul său la anularea acestei solicitări există, este legitim și actual.

De asemenea, cu privire la cererea de anulare parțială a raportului procedurii, ... subliniază că obiectul contestației sale îl reprezintă anularea solicitării de clarificări și nu anularea parțială a raportului procedurii.

Prin punctul de vedere nr..... a solicitat Consiliului, în principiu, respingerea excepției autorității de lucru judecat, precum și respingerea contestației ca fiind lipsită de interes, iar pe fond, ca fiind neîntemeiată.

În sensul celor anterioare, autoritatea contractantă subliniază că nu va relua cele deja expuse prin punctul de vedere transmis sub nr. ..... și solicită Consiliului să le aibă în vedere și în soluționarea acestei contestații.

Totodată, solicită Consiliului respingerea petitului privind obligarea la plata cheltuielilor de judecată ca fiind lipsit de obiect și nefondat, acțiunea nefiind redactată de un avocat- și asta se cere, onorariu avocațial - ci de către administrator unic al ..., ...- nefăcându-se dovada reprezentării sau asistării la radactarea acesteia de către avocat, nefiind astfel justificate aceste cheltuieli; solicită respingerea cheltuielilor de judecată ca o consecință principală a respingerii contestației formulate.

Prin adresa nr....., Consiliul a solicitat autorității contractante, în temeiul art.18 şi art.20 alin.(1) din Legea nr.101/2016, să confirme că documentele atașate adresei nr. ...., înregistrată la CNSC sub nr. ....,

reprezintă toate înscrisurile aflate la dosarul cauzei, emise ulterior primirii Deciziei nr. .... de la ....

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. .....

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

... a inițiat o procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de lucrări având ca obiect *„...”*, Clasificare CPV: ....

Ședința de vizualizare a ofertelor a avut loc la data de ....

....

..., în partea dedicată evaluării ofertelor celor două contestatoare, precum și adresele de comunicare a rezultatului procedurii.

....

Această decizie a Consiliului a fost menținută de ..., care, prin decizia civilă nr. ...., a respins, ca nefondate, plângerile formulate de petentele ... și, respectiv, ...

Pentru punerea în aplicare a deciziei curții de apel, autoritatea contractantă a reevaluat ofertele, prin transmiterea de solicitări și clarificări, și, ulterior, întocmirea unui nou raport al procedurii înregistrat sub nr. .....

Nemulțumită fiind de modul în care autoritatea contractantă a înțeles să pună în aplicare cele statuate anterior, după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă, ... a formulat contestațiile nr. ...., solicitând cele menționate în partea introductivă.

În temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, conform căruia *„Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei*”, având a soluționa cu prioritate excepțiile invocate de părți, în cauză, Consiliul reține următoarele:

Relativ la excepția lipsei de interes invocată de autoritatea contractantă, Consiliul reține că, prin demersul său, contestatoarea urmărește, prin prima contestație, înlăturarea efectelor solicitării de clarificări primite din partea autorității contractante, emisă, în opinia sa, cu încălcarea dispozițiilor legale și a deciziilor CNSC/..., iar, prin cea de-a două contestație, anularea deciziei de respingere a ofertei sale, pe care, de asemenea, o apreciază ca nelegală.

În acest context, Consiliul reține că sunt întrunite condițiile existenței unui interes legitim, personal, direct, născut și actual, calitatea de persoană vătămată a contestatoarei, astfel cum este aceasta definită de dispozițiile art. 3 lit. f) din Legea nr. 101/2016, fiind demonstrată de îndeplinirea cumulativă a celor două condiții impuse de acest temei legal, respectiv are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire (... este lider al asocierii ... – ..., ofertant în cadrul procedurii) și a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice (decizia de eliminare a ofertei asocierii din procedură).

Așadar, pentru a se pune problema existenței interesului contestatoarei raportat la posibilitatea sa de câștigare a contractului, trebuie, inițial, înlăturate motivele care pot conduce/conduc la

respingerea ofertei sale din cadrul procedurii, or, prin demersurile sale, contestatoarea tocmai asta urmărește, respectiv anularea actelor autorității contractante care, în opinia sa, au caracterul de acte vătămătoare, cu consecințe asupra deciziei de eliminare a ofertei depuse.

Astfel, Consiliul va respinge excepția lipsei de interes invocată de autoritatea contractantă, apreciind că, anterior demonstrării interesului prin prisma posibilității câștigării contractului supus achiziției, contestatoarea trebuie să se asigure că oferta sa este admisibilă și conformă.

De asemenea, va fi respinsă și excepția lipsei de obiect invocată de autoritatea contractantă prin punctul său de vedere, dat fiind că, prin prima contestație, se solicită doar anularea actului considerat nelegal și atacat, respectiv adresa de clarificări nr. ..., nu și a raportului procedurii, așa cum susține autoritatea în argumentarea excepției. Cât privește solicitarea de *„anularea, în parte, a raportului procedurii și a actelor subsecvente referitoare la evaluarea și aprecierile cu privire la inadmisibilitatea și neconformitatea ofertei sale*" din contestația secundă, Consiliul constată că, la momentul formulării notificării prealabile ..... fusese întocmit și aprobat de conducătorul autorității.

Referitor la excepția autorității de lucru judecat invocată de contestatoare, Consiliul constată că, în cauză, nu este îndeplinită tripla identitate de elemente, necesară pentru operarea excepției, respectiv: existența unei cereri având același obiect, întemeiată pe aceeași cauză şi între aceleași părți.

În acest sens, este reținut faptul că prin Decizia nr. ...., menținută de ..., Consiliul s-a pronunțat, în mod definitiv, cu privire la incidența, în cazul asocierii contestatoare, a dispozițiilor art. 167 alin. 1 lit. g) din Legea nr. 98/2016, ca urmare a existenței, pe numele subcontractantului/ terțului susținător propus de aceasta, a celor trei certificate constatatoare nr. ...., concluzia cuprinsă în decizie fiind că *„întemeierea deciziei de respingere a ofertei doar pe existența celor trei certificate constatatoare apare neîntemeiată, raportat la neîndeplinirea primei condiții prevăzute de legiuitor, respectiv încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale contractuale, nefiind suficientă respectarea celorlalte condiții, și anume încălcarea să fi fost în cadrul unui contract de achiziții publice cu consecința plății de daune-interese*".

De altfel, cu privire la acest aspect, instanța care a soluționat plângerea împotriva deciziei Consiliului, a apreciat, de asemenea, că *„cele trei certificate probează exclusiv împrejurarea că ... și-a încălcat obligația proprie de finalizare a lucrării în termenul stabilit de execuție doar în ceea ce privește unul dintre cele două contracte, însă această încălcare nu poate fi apreciată ca fiind gravă, de natura celor exemplificate în art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016, încălcarea depășirea termenului de execuție neputând fi asimilată neexecutării contractului, ori executării unor lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract*".

La acest moment, însă, problema dedusă judecății are în vedere o nouă stare de fapt, respectiv *„existența documentelor constatatoare obiect al contestației, ...*

Astfel, se observă că, deși în speța de față există aceleași părți, nu există o identitate de obiect și de cauză, în prezent fiind atacat un nou act, cu un alt conținut, care expune o altă situație de fapt necesar a fi analizată de autoritatea contractantă în procesul de evaluare prin raportare la condițiile enunțate de legiuitor la art. 167 alin. 1 lit. g) din Legea nr. 98/2016, respectiv *„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*".

Prin urmare, chestiunea litigioasă deja rezolvată nu este identică celei prezente, dat fiind că, pentru verificarea cel puțin a caracterului de repetabilitate al pretinselor încălcări ale obligațiilor contractuale reținute în sarcina ..., autoritatea contractantă nu poate face abstracție de existența certificatului constatator nr. ....

Faptul că autoritatea contractantă a făcut trimitere la toate cele trei documente constatatoare, așadar, inclusiv la cele față de care s-a statuat anterior că nu pot fi folosite ca probă care certifică o încălcare a obligațiilor contractuale reținută în sarcina ..., nu este, în opinia Consiliului, în măsură să conducă la infirmarea demersului de clarificare pe motivul incidenței excepției de autoritate/putere de lucru judecat. Pe cale de consecință, și această excepție urmează a fi respinsă.

Pe fond, analizând susținerile părților coroborate cu înscrisurile aflate la dosarul cauzei și având în vedere dispozițiile legale în materie, Consiliul constată că, prin contestația sa nr. ....., ... critică actul autorității contractante nr. ..., prin care i-au fost solicitate următoarele clarificări:

....

În opinia Consiliului, transmiterea solicitării de clarificări se impunea ca urmare a identificării și a documentului constatator nr. .... aferent procedurii de achiziție publică având ca obiect *„..... tot pentru ...*, conform căruia contractul nu a fost îndeplinit corespunzător ca urmare a nerespectării termenelor contractuale de executare lucrări, din culpă, cu motivația *„....*

Astfel, în prezent, se observă că ... are emise cel puțin două documente constatatoare valide .... care reclamă încălcarea obligațiilor principale ce-i reveneau în cadrul unor contracte de achiziții publice, iar aceste încălcări au dus la prejudicii autorităților în cauză.

Prin urmare, existența acestor două documente constatatoare demonstrează caracterul de repetabilitate al încălcărilor obligațiilor contractuale, în speță, încălcarea termenelor de execuție asumate prin ofertă, reținute în sarcina ..., caracter care, prin folosirea de legiuitor a conjuncției „sau", rezultă că nu trebuie îndeplinit cumulativ și cu o eventuală gravitate a faptei culpabile, pentru a conduce la incidența

cauzei de excludere regăsită la art. 167 alin. 1 lit. g) din Legea nr. 98/2016.

În concluzie, relativ la îndeplinirea condițiilor cumulative enunțate de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, Consiliul apreciază că suntem în situația unor încălcări repetate a obligațiilor principale, intervenite în derularea unor contracte de achiziție publică, care a condus la plata de daune-interese sau a altor sancțiuni comparabile, astfel că demersul autorității contractante de clarificare, atacat prin prima contestație, este justificat.

Condițiile cumulative prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 sunt completate de precizările aduse de art. 171 din același act normativ, prin alin. (1)-(3), în sensul furnizării dovezilor pentru demonstrarea credibilității și care, în cazul în care sunt apreciate ca suficiente, înlătură măsura excluderii și alin. (5) lit. b), în sensul că perioada de timp scursă de la momentul la care s-au petrecut evenimentele (încălcările obligațiilor principale) să nu fi depășit o perioadă de 3 ani.

În concluzie, solicitarea comisiei de evaluare de clarificare a situației de fapt a subcontractantului/terțului susținător propus de contestatoare, prin prisma dispozițiilor art. 171 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, este, în opinia Consiliului, justificată, prin acest demers autoritatea contractantă dând posibilitatea ofertantei de a prezenta probe concludente care să demonstreze „că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-şi demonstra în *concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere*".

De asemenea, Consiliul apreciază că și indicarea posibilității înlocuirii subcontractantului este conformă cu dispozițiile legiuitorului, care, la art. 170 alin. (2) din același act normativ, stabilește *„În cazul în care este identificată o situaţie de excludere, cu aplicarea în mod corespunzător a dispoziţiilor art. 171, autoritatea contractantă solicită ofertantului/candidatului o singură dată să înlocuiască un subcontractant în legătură cu care a rezultat, în urma verificării, că se află în această situaţie*", neputând fi reținut caracterul abuziv al acestei solicitări.

Totodată, nici explicațiile solicitate ofertantei contestatoare în privința completării DUAE nu poate fi reținută ca abuzivă și nelegală, dat fiind că autoritatea a luat cunoștință de existența unor documente care pun sub semnul întrebării credibilitatea profesională a ofertantului (subcontractantului/terțului susținător), astfel că, acordarea posibilității justificării motivelor pentru care aceste informații nu au fost reținute în DUAE-urile prezentate inițial, este concordantă obligațiilor autorității contractante de a verifica în mod complet, legal și temeinic ofertele primite, sub toate aspectele acestora, cât și principiului proporționalității.

Față de cele expuse mai sus, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să respingă, ca nefondată, contestația nr. ... formulată de ..., lider al asocierii ...- ....

Cât privește contestația secundă, Consiliul constată că aceasta este îndreptată împotriva adresei nr. ..., reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, conform căreia oferta asocierii ...- ... a fost

exclusă din procedură în baza prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, pentru existența documentelor constatatoare privind neîndeplinirea obligațiilor contractuale în mod repetat, și respinsă, ca inacceptabilă, în baza prevederilor art. 137 alin. (1) și (2) lit. b) și art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 deoarece nu ați răspuns la solicitările de clarificări în mod concludent și nu ați completat DUAE în conformitate cu solicitările autorității contractante stabilite prin FDA.

Prin urmare, acest rezultat a fost emis în urma analizării răspunsului transmis de asociere la solicitarea de clarificări nr. ....., prin care i s-a oferit șansa demonstrării faptului că măsurile luate sunt suficiente pentru a-și demonstra credibilitatea prin raportare la motivul de excludere regăsit la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, fiindu-i totodată învederată posibilitatea înlocuirii subcontractantului propus, pentru eliminarea situației care a condus la incidența acestui temei legal, posibilitate conferită de legiuitor conform art. 170 alin. (2) din același act normativ.

În soluționare, Consiliul observă că prin răspunsul comunicat cu adresa nr. ..., asocierea contestatoare nu a furnizat niciuna dintre dovezile la care face referire art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, respectiv *„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 acest sens, se constată că vizavi de documentele constatatoare nr. ..., ofertanta a evocat caracterul excesiv al solicitării prin raportare la incidența excepției autorității de lucru judecat, iar, referitor la documentul constatator nr. ..., a susținut că, pe de o parte, acesta nu cuprinde o cuantificare a prejudiciului, iar, pe de altă parte, că eventualul prejudiciu - suportarea cheltuielilor eligibile din proiectul respectiv de către autoritatea în cauză - este doar al societății ....

De asemenea, asocierea a susținut că existența celor 4 certificate constatatoare nu demonstrează o încălcare gravă a obligațiilor principale ce-i reveneau subcontractantului/terțului susținător, și nici caracterul repetat al acestora, nefiind îndeplinite condițiile cumulative prevăzute de

legiuitor, respectiv consecința plății de daune-interese ori alte sancțiuni comparabile, subliniind faptul că niciunui dintre cele 3 contracte nu a fost reziliat și nu au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni comparabile în legătură cu respectivele contracte.

Astfel, asocierea a răspuns autorității contractante că nu va uza de prevederile art. 170 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, apreciind că nu se impune, precizând totodată că, în mod corect nu au fost evidențiate respectivele certificate în DUAE-ul subcontractantului întrucât acesta nu se încadrează în situația în care *„un contract de achiziție publică anterior (...) a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni comparabile în legătură cu respectivul contract*".

Toate aceste apărări se regăsesc și în motivarea în fapt a contestației nr. ...., formulată de liderul asocierii, ... – ....

În analiza sa, Consiliul constată că aprecierea comisiei de evaluare în sensul că răspunsul primit este neconcludent, este întemeiată, având în vedere că, potrivit art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, comisia de evaluare exclude din procedură orice operator economic **care și-a încălcat în mod** grav sau **repetat** obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune interese sau alte sancțiuni complementare. Or, în cazul contestatoarei există emise documente constatatoare care dovedesc cel puțin caracterul de repetabilitate al neexecutării obligațiilor contractuale (nerespectarea termenelor contractuale), fapt ce a condus la stabilirea de penalități.

În acest sens, se reține că prin documentul constatator nr. ..., aferent procedurii de achiziție publică având ca obiect ....

....

Consiliul apreciază neîntemeiate apărările contestatoarei în sensul că acesta prevede doar un eventual prejudiciu, care, conform acelorași susțineri, nefiind cuantificat, nu poate fi luat în considerare pentru îndeplinirea condițiilor regăsite la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

....

De asemenea, însăși contestatoarea învederează faptul că prejudiciul respectiv .... admițând așadar că suma respectivă este încadrată ca prejudiciu care ar fi putut fi adus autorității contractante respective, iar situația obligării executantului la suportarea acesteia este similară celei privind aplicarea unei sancțiuni comparabilă plății de daune-interese.

În acest context, Consiliul apreciază că ofertanta era ținută să facă dovada că a plătit sau că s-a angajat să plătească suma respectivă sau să prezinte alte dovezi în sensul celor enumerate de legiuitor la art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivul de excludere.

Situația existenței sentinței nr. ... rămasă definitivă prin respingerea recursului formulat de ..., certifică doar faptul că toate cheltuielile devenite neeligibile din culpa executantului, cad în sarcina

acestuia, fiind astfel obligat să le achite, dar nu reprezintă și o dovadă că operatorul economic ar fi întreprins vreun demers de plată al lor.

În concluzie, se observă că subcontractantul/terțul susținător propus de asocierea contestatoare se face vinovat de încălcarea repetată a obligațiilor contractuale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziție publică (nerespectarea termenelor contractuale), fapt ce a condus la stabilirea de penalități, aspect demonstrat de emiterea documentului constatator nr. ...., conform căruia, astfel cum s-a stabilit prin sentințele instanțelor de control judiciar a legalității acestuia, ... este ținut să suporte integral contravaloarea lucrărilor executate devenită neeligibilă, ca urmare a încălcării graficului de execuție – anexă la contractul de achiziție publică respectiv.

Totodată, se constată că acesta nu a furnizat niciuna dintre dovezile la care face referire art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, susenunțat.

În acest context de fapt și de drept, coroborat cu situația neacceptării ofertantei de înlocuire a subcontractantului/terțului propus, Consiliul apreciază că în mod corect a exclus oferta asocierii contestatoare, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, nefiind identificate motive pentru infirmarea celor consemnate în raportul procedurii de atribuire și comunicate prin adresa nr. .....

Date fiind cele anterior expuse, Consiliul stabilește că este de prisos analizarea și ultimului motiv invocat de autoritatea contractantă în respingerea ofertei asocierii, respectiv nemenționarea în DUAE-urile depuse a existenței documentelor constatatoare emise pe numele ..., având în vedere că, în prezenta procedură, caracterul inacceptabil al acesteia nu mai poate fi înlăturat.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să respingă ca nefondate contestațiile formulate de ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....

În baza art. 26 alin. (9) din același act normativ, Consiliul va respinge, ca nefondată, solicitarea contestatoarei de plată a cheltuielilor suportate în cursul soluționării contestației nr. .....

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepțiile lipsei de interes și cea a lipsei de obiect, invocate de autoritatea contractantă, precum și excepția autorității de lucru judecat invocată de contestatoare.

Respinge, ca nefondate, contestațiile nr. .... depuse de ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....

Respinge, ca nefondată, solicitarea contestatoarei de plată a cheltuielilor suportate în cursul soluționării contestației nr. .....

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

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, potrivit art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE COMPLET, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

... **...** **....**

....