



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

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

DECIZIE

Nr. 528 / C9 / 421

Data: 02.04.2020

Prin contestația nr. 39/09.03.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 9389/10.03.2020, depusă de SRL, cu sediul în, județul, având CUI RO, număr de înregistrare în Registrul Comerțului, reprezentată legal de, și convențional prin avocat, cu sediul procedural ales la biroul de lucru al ..., împotriva raportului procedurii nr. 1914/02.03.2020, emisă în cadrul procedurii simplificate, online, organizată de (PRIMĂRIA COMUNEI), cu sediul în, județul, în calitate de autoritate contractantă, pentru atribuirea contractului de lucrări pentru implementarea proiectului „Modernizare iluminat public în", cod CPV 45310000-3 Lucrări de instalații electrice (Rev. 2), contestatoarea a solicitat admiterea contestației și, pe cale de consecință, ..., ca netemeinic și nelegal, obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire de la procesul de evaluare a ofertei depuse de SRL, de la etapa de analiză a DUAЕ, cu respectarea prevederilor legale din materia achizițiilor publice și la plata cheltuielilor de judecată, ocazionate de soluționarea contestației.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de

față, prin care ofertantul SRL critică raportul proceduri nr. 1914/02.03.2020, emis de autoritatea contractantă în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă.

Prezintă succint situația de fapt. Astfel, prin raportul procedurii a fost respinsă oferta SRL, reținându-se incidența art. 167 alin. (1) lit. g) și art. 169 din Legea nr. 98/2016, raportat la faptul că pentru acest operator economic o altă autoritate contractantă a emis două documente constatatoare referitoare la îndeplinirea obligațiilor contractuale.

Constatând existența unor presupuse documente constatatoare, comisia de evaluare a solicitat clarificări Primăriei Municipiului

În primul rând, precizează că nelegalitatea procesului de evaluare și nelegalitatea deciziei autorității contractante constă în faptul că s-a decis respingerea ofertei sale fără să i se solicite în prealabil clarificări cu privire la motivul de respingere a ofertei.

Legat de motivul de respingere reținut de autoritatea contractantă, susține că este evident că, în ipoteza în care comisia de evaluare i-ar fi solicitat clarificări, s-ar fi lămurit în ceea ce privește presupusele motive de excludere constatate.

Față de acest aspect, a invocat aspecte ale practicii CNSC și ale instanțelor de judecată în materia achizițiilor publice.

În prezenta cauză, autoritatea contractantă a decis respingerea ofertei sale fără a solicita vreo clarificare cu privire la presupusele motive de excludere din procedura de achiziție publică, respectiv demersurile procedurale realizate de societatea sa, în vederea suspendării și anulării presupuselor documente constatatoare.

Cu privire la documentele constatatoare emise de Municipiul în data de 10.04.2019, la care face trimitere raportul procedurii, contestatoarea a învederat faptul că acesta a fost emis în mod absolut abuziv, documentul constatator fiind contestat în condițiile Legii nr. 554/2004, cu plângerea prealabilă înregistrată la emitent sub nr. 66/23.04.2019, respectiv cu acțiunea în anulare ce face obiectul dosarului nr. 3148/85/2019 de pe rolul Tribunalului, cu termen de judecată în data de 10.03.2020.

De asemenea, prin acțiunea în contencios administrativ ce face obiectul dosarului 449/85/2020 de pe rolul Tribunalului, cu termen de judecată în data de 12.03.2020, s-a solicitat suspendarea documentelor constatatoare emise de Municipiul în data de 10.04.2019.

În raport de aspectele de mai sus, rezultă faptul că în prezenta cauză sunt incidente dispozițiile art. 166 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

Astfel, apreciază că până la soluționarea definitivă a cauzei ce face obiectul dosarului nr. 3148/85/2019 de pe rolul Tribunalului, nu se poate reține incidența dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă neavând dreptul de a publica în SEAP și/sau SICAP documentul constatator în cauză.

De altfel, analizând platforma SEAP, respectiv platforma SICAP, se poate constata faptul că Municipiul nu a publicat documentul constatator la care se face trimitere prin raportul procedurii.

Pe fondul condițiilor care au condus la emiterea documentelor constatatoare negative, arată că Municipiul a organizat procedura de achiziție publică având ca obiect furnizarea de „Ornamente iluminat festiv de iarnă în Municipiul”, în data de 06.06.2018, însă datorită contestației formulate de operatorul economic MK ILLUMINATION, contractul de achiziție publică s-a semnat abia în 11.02.2019, când sărbătorile de iarnă trecuseră și autoritatea nu mai putea justifica achiziția bunurilor.

Fără a organiza o procedură de recepție (predare-primire a ornamentelor), Municipiul a decis în mod vădit abuziv, rezilierea unilaterală a contractului de furnizare nr. 12/11.02.2019 și a emis două documente constatatoare cu conținut diferit.

Astfel fiind, prin emiterea unui document constatatator/unor documente constatatoare în condiții absolut abuzive de către Municipiul, fără ca acest document constatatator/documente constatatoare să fie publicate în platforma SEAP, respectiv platforma SICAP, nu sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Mai mult decât atât, prin respingerea ofertei fără a solicita clarificări, în sensul dispozițiilor art. 171 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, ... SRL susține că i s-a încălcat dreptul de a-și demonstra credibilitatea, drept conferit de legislația în materia achizițiilor publice.

Prin adresa nr. 2299/12.03.2020, înregistrată la Consiliu cu nr. 9886/12.03.2020, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestația depusă de SRL, precizând că, urmare a evaluării ofertelor, oferta depusă de aceasta a fost exclusă, solicitând respingerea contestației ca nefondată din următoarele considerente:

Primăria a emis un Document constatatator din data de 10.04.2019 referitor la îndeplinirea obligațiilor aferente contractului nr. 12/11.02.2019 încheiat cu asocierea: SC SRL & SC

Astfel, comisia de evaluare a solicitat, cu adresa nr. 1013/10.02.2020, Primăriei Municipiului, transmiterea Documentului constatatator emis la data de 10.04.2019, referitor la îndeplinirea obligațiilor contractuale în contractul nr. 12/11.02.2019 având ca obiect „Ornamente iluminat festiv de iarnă în municipiul”, încheiat cu asocierea SC E SRL și SC ..., și să precizeze dacă există o hotărâre judecătorească definitivă de anulare/suspendare a acestui act.

Cu adresa nr. 10028/11.02.2020, Primăria Municipiului, a răspuns solicitării comisiei de evaluare astfel:

„- în data de 10.04.2019 s-a emis certificatul constatatator 28632, iar în data de 11.04.2019 s-a emis certificatul constatatator nr. 28985 întrucât în certificatul constatatator 28632/10.04.2019 s-a greșit cuantumul penalităților;

- împotriva certificatelor constatatoare ante-menționate SC SRL a formulat plângere prealabilă înregistrată la Primăria Municipiului cu nr. 34636/02.05.2019, iar prin adresa nr. 37871/15.05.2019 Primăria Municipiului a comunicat răspunsul;

- prin acțiunea ce formează obiectul dosarului nr. 3148/85/2019 reclamantul SC EURO AUDIT SRL solicită anularea celor 2 documente constatatoare negative;

- primul termen de judecată a fost stabilit în data de 11.02.2020."

Totodată, s-au atașat cele două documente constatatoare, nr. 28632/10.04.2019 și 28985/11.04.2019.

Analizând cele două documente constatatoare, a constatat următoarele;

- la punctul 6 - Calitatea serviciilor și punctul 7 - Comunicarea și colaborarea contractantului cu autoritatea contractantă, este bifată mențiunea „nesatisfăcător”;

- la punctul 9 - Contractul a fost îndeplinit corespunzător este bifată opțiunea „NU”, la motivații fiind bifată cu „DA”, lit. e) rezilierea contractului;

- la punctul 10 - Prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului, se precizează următoarele:

- penalități de 2% din valoarea produselor livrate cu întârziere: „având în vedere că produsele nu au fost însoțite de documentele solicitate prin caietul de sarcini și că nu corespund din punct de vedere calitativ se calculează o penalitate de 2% din valoarea totală a contractului. Valoarea penalităților este de 777,20 lei;

- chirie pentru spațiu de depozitare ocupat, începând cu data de 06.04.2019;

- contravaloarea măsurătorilor și verificărilor efectuate pentru stabilirea puterii absorbite de ornamentele livrate: 12.334,69 lei, exclusiv TVA.

Astfel, din cele prezentate mai sus rezultă faptul că, operatorul economic SC SRL și-a încălcat obligațiile principale ce-i revineau în cadrul contractului nr. 12/11.02.2019 având ca obiect „Ornamente iluminat festiv de iarnă în municipiul” încheiat cu Primăria Municipiului, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract (rezilierea contractului) și plata de penalități, fiind astfel incidente prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere cele de mai sus și ținând cont de prevederile art. 167 alin. (1) lit g) și art. 169 din Legea 98/2016, precum și faptul că documentele constatatoare nr. 28632/10.04.2019 și 28985/11.04.2019 nu au fost anulate de o instanță de judecată, până în prezent, consideră că acestea produc efecte juridice. Astfel, orice act administrativ se bucură de prezumția de legalitate, care poate fi răsturnată doar printr-o hotărâre judecătorească definitivă de anulare a actului administrativ. Prin urmare documentele constatatoare în discuție se bucură în continuare de prezumția de legalitate.

Față de acestea, comisia de evaluare a exclus ofertantul SRL.

Pe lângă aceste informații, autoritatea contractantă, referitor la cele susținute de contestatoare, arată următoarele:

1. cele două documente constatatoare, nr. 28632/10.04.2019 și 28985/11.04.2019, există, ele făcând obiectul unui dosar în instanță, astfel încât

nu se poate pune la îndoială existența acestora; mai mult decât atât, în urma solicitării comisiei de evaluare, înaintată Primăriei Municipiului, aceasta a transmis documentele constatatoare solicitate;

2. în ceea ce privește dispozițiile art. 134 alin. (1) din HG 395/2016, arată că a intrat în posesia celor două documente constatatoare, fără să mai necesite alte solicitări de informații din partea operatorului economic, care să clarifice sau confirme cele menționate în aceste documente;

3. decizia luată de comisia de evaluare a avut la bază cele două documente constatatoare, emise anterior de o altă autoritate contractantă, ca probe concludente și suficiente, fiind fundamentată pe baza prevederilor legale și, totodată, comunicate și contestatoarei ca rezultat al procedurii;

4. decizia comisiei de evaluare privind excluderea ofertei SC SRL, din procedura de achiziție, nu s-a bazat pe motivul că „oferta este redactată în mod ambiguu”, sens în care comisia de evaluare ar fi avut motive întemeiate să solicite clarificări, motivul excluderii ofertei din procedură fiind existența celor două documente constatatoare negative și nu întocmirea/redactarea ofertei depuse;

5. deoarece documentele constatatoare nr. 28632/10.04.2019 și 28985/11.04.2019 nu au fost anulate/suspendate de o instanță de judecată, până în prezent, acestea produc efecte juridice; orice act administrativ se bucură de prezumția de legalitate, care poate fi răsturnată doar printr-o hotărâre judecătorească definitivă de anulare a actului administrativ, astfel că documentele constatatoare în discuție se bucură în continuare de prezumția de legalitate fiind astfel luate în considerare de comisia de evaluare.

6. chiar dacă documentele constatatoare, în cauză, nu au fost publicate în SEAP, atât timp cât nu s-a pronunțat o hotărâre definitivă de suspendare/anulare a acestora, documentele produc efecte.

Prin urmare, comisia de evaluare, luând la cunoștința de existență celor două documente constatatoare, a acționat în consecință.

În concluzie, autoritatea contractantă consideră că la procedura simplificată, inițiată în data de 08.08.2019, au fost respectate prevederile legale în vigoare, în materie de achiziții publice și consideră nefondată contestația formulată de către SC SRL.

În vederea soluționării contestației, Consiliul a solicitat autorității contractante, prin adresa nr. 10303/421/C9/16.03.2020, în temeiul art. 18 din Legea nr. 101/2016, transmiterea copiei dosarului achiziției publice, documentele de calificare și DUAЕ depuse de contestatoare, precum și punctul de vedere cu privire la contestație. Documentele din dosarul achiziției necesare pentru soluționarea cauzei, transmise de autoritatea contractantă, au fost înregistrate la Consiliu cu nr. 10311/16.03.2020.

Ca urmare a studierii dosarului, prin adresa nr. 54/24.03.2020, înregistrată la Consiliu cu nr. 11700/25.03.2020, ... SRL a transmis Concluzii scrise, solicitând admiterea contestației și reiterând cele precizate în contestația formulată.

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

În vederea atribuirii contractului de lucrări pentru implementarea proiectului „Modernizare iluminat public în”, ... (PRIMĂRIA COMUNEI), în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată, online, conform anunțului de participare simplificat nr. SCN1050240/08.08.2019, publicat în SICAP.

Din informațiile anunțului de participare simplificat, Consiliul a reținut că valoarea estimată a contractului de lucrări care urmează a se atribui este de 449.652,91 lei, fără TVA, criteriul de atribuire este *cel mai bun raport calitate-preț*, iar termenul limită de depunere a ofertelor a fost 06.09.2019, ora 15:00.

Ca urmare a comunicării de către autoritatea contractantă a raportului procedurii nr. 1914/02.03.2020, nemulțumită fiind de faptul că oferta sa a fost exclusă din procedura de atribuire, ... SRL a depus contestație, solicitând admiterea contestației și, pe cale de consecință, anularea raportului procedurii nr. 1914/02.03.2020, ca netemeinic și nelegal, obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire de la procesul de evaluare a ofertei depuse de SRL, de la etapa de analiză a DUAЕ, cu respectarea prevederilor legale din materia achizițiilor publice și la plata cheltuielilor de judecată, ocazionate de soluționarea contestației.

Contestatoare a constituit cautiunea în sumă de 8.993,06 lei, conform art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 206165014/1, eliberată de CEC BANK SA, Sucursala Victoria, la data de 12.03.2020.

La analiza criticilor contestatoarei împotriva deciziei autorității contractante de excludere a ofertei sale, Consiliul constată lipsa de temei a acestora.

În stabilirea acestei finalități, Consiliul are în vedere faptul că oferta contestatoarei a fost exclusă, conform adresei nr. 1916/02.03.2020, motivat de constatarea de către autoritatea contractantă a existenței unui Document constatatator eliberat de Primăria Municipiului la data de 10.04.2019.

Referitor la acest document se constată că autoritatea contractantă, prin adresa nr. 1013/10.02.2020, a solicitat Primăriei Municipiului comunicarea Documentului constatatator emis în data de 10.04.2019, referitor la îndeplinirea obligațiilor contractuale ce cuprinde informații legate de contractul nr. 12/11.02.2019, având ca obiect *Ornamente iluminat festiv de iarnă în Municipiul* De asemenea, deoarece acest document nu a fost publicat în SEAP, s-au solicitat precizări legate de o eventuală existență a unei hotărâri judecătorești definitive de anulare/suspendare a acestui document.

La această solicitare Primăria Municipiului a răspuns cu adresa nr. 10028/11.02.2020, precizând că a emis documentul constatatator nr. 28362 în data de 10.04.2019 pentru asocierea SC SRL cu SC SRL, iar în data de 11.04.2019 a fost emis documentul constatatator nr. 28985, deoarece în cel cu nr. 28362/10.04.2019 erau greșit consemnate

penalitățile. De asemenea, a precizat că împotriva acestor certificate a fost formulată plângere prealabilă, la care s-a răspuns, iar pe rolul Tribunalului se află dosarul nr. 3148/85/2019 fiind solicitată anularea acestor documente, cu mențiunea că primul termen de judecată a fost stabilit pentru data de 11.02.2020.

Urmare a acestui răspuns, autoritatea contractantă a exclus oferta contestatoarei, astfel cum rezultă din procesul-verbal nr. 1361/17.02.2020, apreciind că autoarea contestației și-a încălcat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul contractului nr. 12/11.02.2019, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract (rezilierea contractului) și plata de penalități, devenind incidente prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Relevante în soluționarea cauzei sunt considerate următoarele dispoziții legale din Legea nr. 98/2016:

- art. 167 alin. (1) lit. g): *Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: ... g) 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 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.*

- art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016: *În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. g) 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.*

- art. 171: (1) *Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.*

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

(3) *Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 le poate furniza autorității contractante, în sensul prevederilor alin. (1), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația, și la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite.*

Totodată, aplicabile în speță sunt și prevederile art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016: *În cazul în care operatorului economic nu i-a fost*

aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situațiile de excludere prevăzute la art. 164 și 167 nu se aplică: b) dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant.

Normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 stabilesc următoarele:

- art. 166 (1) *Autoritatea contractantă are obligația de a emite documente constatatoare care conțin informații referitoare la îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, la eventualele prejudicii, după cum urmează:*

a) pentru contractele de furnizare atribuite printr-o procedură de atribuire: în termen de 14 zile de la data finalizării livrării produselor care fac obiectul respectivului contract/contract subsecvent și, suplimentar, în termen de 14 zile de la data expirării perioadei de garanție tehnică a produselor în cauză; (...)

(3) Autoritatea contractantă are următoarele obligații:

a) să elibereze un exemplar al documentului constatator contractantului;

b) să păstreze un exemplar la dosarul achiziției publice.

(4) Documentele constatatoare emise de către entitatea contractantă în conformitate cu prevederile alin. (1) și (2) pot fi contestate potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare.

(5) Documentele constatatoare emise de către autoritatea contractantă pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, pentru eventualele prejudicii, se publică în SEAP, în termen de 60 de zile de la data emiterii, dar nu mai devreme de data expirării termenului/soluționării contestațiilor, în situația în care acestea au fost depuse.

(5¹) Autoritatea contractantă are obligația de a actualiza în SEAP informațiile cu privire la documentul prevăzut la alin. (5) în termen de 5 zile de la momentul luării la cunoștință că situația de fapt ce a stat la baza emiterii respectivului document constatator trebuie modificată din cauze obiective.

(6) În cazul contractelor atribuite prin cumpărare directă, autoritatea contractantă are dreptul de a emite documente constatatoare în conformitate cu alin. (1), atunci când este solicitat acest lucru de către contractant/contractant asociat.

(7) Autoritatea contractantă poate emite un document constatator unui subcontractant la solicitarea acestuia și numai în cazul prezentării contractului de subcontractare și a recepțiilor aferente.

(8) Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege.

În contextul dispozițiilor legale citate mai sus, pentru aplicarea motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, este necesar să fie îndeplinite următoarele condiții cumulative:

- încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale;
- încălcarea obligațiilor principale să fi intervenit în derularea unuia dintre următoarele tipuri de contracte încheiate anterior: contract de achiziții publice, contract sectorial, contract de concesiune;
- încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale să fi condus la una din următoarele consecințe (sanțiuni): încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese, alte sancțiuni comparabile.

Condițiile cumulative arătate sunt completate de precizările aduse de art. 171 din Legea nr. 98/2016, 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.

Cade în sarcina autorității contractante, verificarea aspectelor anterior subliniate, ceea ce, în cazul analizat, nu a fost realizat, aceasta nesolicitând contestatoarei dovezi pentru demonstrarea credibilității sale.

Din analiza documentelor constatatoare în discuție, Consiliul constată că în cadrul documentului constatator nr. 28362/10.04.2019 se menționează îndeplinirea nesatisfăcătoare a contractului nr. 12/11.02.2019, comunicare și colaborare nesatisfăcătoare, respectiv îndeplinirea necorespunzătoare a contractului având ca efect rezilierea acestuia, iar referitor la penalități se menționează 2% din valoarea produselor livrate cu întârziere și necorespunzătoare calitativ – 27.979,10 lei, chirie începând cu data de 06.04.2019 și contravaloarea măsurătorilor și verificărilor efectuate pentru stabilirea puterii absorbite de ornamentele livrate – 12.334,69 lei. În cel de al doilea document constatator, nr. 28985/11.04.2019, sunt aduse modificări legate de quantumul penalizărilor, în sensul contravalorii coeficientului de 2 % din valoarea produselor livrate cu întârziere și necorespunzătoare calitativ de 777,20 lei.

Ca prim aspect, se constată că autoritatea contractantă nu a solicitat nicio clarificare contestatoarei în sensul prevederilor legale amintite referitoare la cele două documente constatatoare.

Pe de altă parte, se constată că obligația autorității contractante era de a solicita clarificări contestatoarei pentru demonstrarea credibilității sale, iar dovezile pe care operatorul economic le-ar putea furniza pentru a dovedi credibilitatea sa sunt definite, lipsit de echivoc, de prevederile art. 171 alin. (3) din lege, respectiv se referă la *efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația, și la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite.*

Ori, conform contestației, autoarea acesteia nu invocă niciun moment eventuale dovezi ale credibilității sale conform prevederilor legale

amintite, ci doar faptul că a solicitat în instanță anularea documentelor constatatoare în discuție, respectiv suspendarea acestora, apreciind că până la publicarea acestora în SEAP oferta sa nu poate fi respinsă din nicio procedură de atribuire pentru acest motiv.

În același timp, autoarea contestației nu numai că nu aduce argumente pentru dovedirea credibilității sale în sensul prevederilor legale amintite, ci aduce argumente în sprijinul dovedirii, în opinia sa, a caracterului nelegal al acestor documente constatatoare.

De asemenea, se constată că în cadrul DUAЕ depus de contestatoare nu sunt indicate aceste documente constatatoare, deși, indiferent de aprecierea sa proprie cu privire la legalitatea acestora, avea obligația declarării existenței lor. Formularul DUAЕ impune operatorului economic să bifeze corespunzător răspunsul (da sau nu) la întrebarea dacă s-a aflat într-o situație în care un contract de achiziții publice anterior încheiat cu o autoritate contractantă a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni comparabile în legătură cu respectivul contract anterior. În cazul în care răspunsul ofertantului este afirmativ, formularul permite descrierea situației, precum și măsurile luate de operatorul economic.

În acest sens sunt și considerentele Curții de Apel Târgu-Mureș, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, reținute în hotărârea sa nr. 1492/04.09.2018:

Declarațiile intimatei în raport de entitatea contractantă prin prisma dispozițiilor art. 180 alineat 1 litera h din legea nr. 99/2016 trebuie verificate în raport de situația juridică existentă la momentul completării DUAЕ (...)

Or intimata-intervenientă, prin modul în care a completat DUAЕ a evitat sancțiunea excluderii din procedură de către comisia de evaluare, în raport de prevederile legale anterior indicate (...)

Faptul că prin hotărâri judecătorești ulterioare au fost anulate atât măsura de reziliere anticipată a contractului cât și certificatul constatator nu are relevanță în analiza dispozițiilor art. 80 alin. (1) litera h din Legea nr. 99/2016. Ceea ce interesează este dacă ofertantul se face vinovat de declarații false (aspect care rezultă fără echivoc din modul de completare al DUAЕ) respectiv dacă aceste declarații au avut efect în ceea ce privește verificarea absenței motivelor de excludere (aspect care se confirmă prin prisma argumentelor prezentate anterior.)

În consecință, se constată existența unui contract în cadrul căruia a fost emis un document constatator (deși sunt două, cel de al doilea a avut doar rol de corecție al primului) în care se susține că autoarea contestației și-a îndeplinit defectuos clauzele contractuale și au fost cuantificate daune interese, iar în DUAЕ depus de aceasta în procedura de față nu există nicio mențiune legată de acest contract. De asemenea, se constată inexistența în cadrul contestației a unor argumente pentru dovedirea credibilității sale și prezentarea măsurilor dispuse în acest sens. Dimpotrivă, singurele argumente aduse de contestatoare privesc caracterul nelegal, în opinia sa, al acestor documente.

Prin urmare, conform documentelor constatatoare, se constată că a intervenit o reziliere anticipată, pentru neîndeplinirea unor obligații principale, prejudiciile fiind cuantificate. Existența rezilierii anticipate conduce la concluzia încălcării grave a obligației principale. Consiliul nu poate face o analiză cu privire la legalitatea emiterii documentului constatator în discuție, nefiind de competența sa.

Astfel, este lipsit de relevanță faptul că autoarea contestației a solicitat în instanță anularea/suspendarea acestor documente constatatoare, acestea producând efecte până la pronunțarea unei decizii definitive a Tribunalului, prin care sunt suspendate ori anulate efectele acestora. În lipsa anulării sau suspendării efectelor acestui document (documente), respectiv a existenței unor măsuri care să ateste credibilitatea ofertantului, devine incidentă măsura excluderii acestuia din procedură, fiind îndeplinite condițiile prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

La acest moment singurul aspect care ar mai putea fi pus în discuție este dacă se mai impune o eventuală solicitare de clarificări în sensul prevederilor art. 171 alin. (1) din Legea nr. 98/2016. Ori, Consiliul apreciază că orice solicitare de clarificări în situația de față ar fi de prisos atât timp cât prin contestație nu este furnizată nicio dovadă despre faptul că au fost luate măsuri pentru a-și demonstra, în concret, credibilitatea prin raportare la motivele de excludere, ci dimpotrivă, se susține nelegalitatea documentelor constatatoare analizate.

Simpla existență a unui document constatator nu presupune respingerea automată a unui ofertant din procedură, dar legiuitorul a stabilit care sunt situațiile în care autoritatea contractantă poate accepta oferta unui ofertant pentru care a fost emis un document constatator care atestă îndeplinirea defectuoasă a unui contract anterior și existența unor daune interese, iar printre aceste motive nu se enumeră și solicitarea de anulare/suspendare a acestuia. Argumentele contestației transmise prin concluziile scrise depuse nu sunt de natură a modifica situația existentă în speță, instanța, în speță Tribunalul, fiind cea care se va pronunța cu privire la legalitatea emiterii documentelor constatatoare în discuție.

Pe cale de consecință, Consiliul consideră că excluderea ofertei contestației pentru existența acestor documente constatatoare este întemeiată, chiar dacă autoritatea contractantă nu a solicitat clarificări contestației pentru a-i permite acesteia să-și demonstreze credibilitatea în sensul prevederilor art. 171 alin. (1) din lege.

Constatând lipsa de temei a criticilor contestației cu privire la respingerea ofertei sale, Consiliul respinge și capătul de cerere privind plata cheltuielilor de judecată, ocazionate de soluționarea contestației.

În aceste condiții, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SRL, în contradictoriu cu (PRIMĂRIA COMUNEI).

Pentru aceste motive,

În baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge ca nefondată contestația formulată de SRL, în contradictoriu cu (PRIMĂRIA COMUNEI).

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

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

Redactat practicaua deciziei
Delia Akça

Redactată în 4 exemplare, conține 12 pagini.