CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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 Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, în calitate de lider al asocierii SC ..... SRL – ... ...'..., având Cod Unic de Înregistrare ..... şi număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului ....., cu sediul în municipiul ....., s..., reprezentată legal de administrator ..., privind procedura de licitaţie deschisă, online, cu faza finală de licitaţie electronică, pentru atribuirea contractului sectorial de servicii având ca obiect „..." - lot I, organizată de ..... SA, în calitate de entitate contractantă, cu sediul oras ....., ..., judeţul ....., contestatorul a solicitat:

- anularea adresei nr. ...../..... emisă de entitatea contractantă de comunicare a rezultatului procedurii către ...tea sa;
- anularea tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestei decizii, precum si a tuturor actelor subsecvente acesteia;
- anularea adresei entităţii contractante de comunicare a rezultatului procedurii către asocierea SC ..... SA – SC ... SRL („Asocierea ...");
- anularea deciziei entităţii contractante prin care oferta depusă de asocierea ... a fost declarată admisibilă si câştigătoare, a tuturor actelor entităţii care au stat la baza emiterii acestei decizii, precum si a tuturor actelor subsecvente acesteia;
- anularea raportului procedurii si a tuturor actelor subsecvente acestuia, în ceea ce priveşte declararea drept admisibilă si câştigătoare a ofertei asocierii ...;
- obligarea entităţii contractante la reluarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertei asocierii ... de la etapa verificării admisibilităţii acesteia.

SC ..... SA, în calitate de lider al asocierii SC ..... SA – SC ... SRL, cu sediul în municipiul ....., ..., ..., ..., având Număr de Înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ..... și Cod Unic de Înregistrare ....., reprezentată legal prin director general adjunct Bogdan Adimi, depune cererea de intervenție nr. ...../..... înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., prin care solicită respingerea contestaţiei formulată de SC ..... SRL ca nefondată.

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 SC ..... SRL reclamă rezultatul procedurii de atribuire, apreciindu-l nelegal, din considerentele expuse, pe larg, în cele ce urmează.

În fapt, contestatorul arată că ulterior etapei de evaluare a ofertelor, prin adresa nr. ...../....., entitatea contractantă i-a comunicat rezultatul procedurii, prin care i-a adus la cunostinţă că oferta sa a fost declarată necâstigătoare, fiind situată pe locul 2 cu un preţ de 8.950.000 euro. De asemenea, i s-a adus la cunostinţă că oferta depusă de asocierea ... a fost declarată câstigătoare cu un preţ de 8.890.000 euro.

În continuare, contestatorul arată că entitatea contractantă a evaluat în mod vădit nelegal oferta declarată câstigătoare, în condiţiile în care aceasta trebuia exclusă din procedura de atribuire/declarată inadmisibilă.

I. Oferta asocierii ... intră sub incidenţa prevederilor art. 180 alin. (1) lit. g) si h) din Legea nr. 99/2016, motiv pentru care trebuia să fie exclusă din procedură.

Contestatorul precizează că entitatea contractantă a declarat câstigătoare oferta depusă de asocierea ... desi avea obligaţia legală de a exclude din procedură acest ofertant în temeiul dispoziţiilor art. 180 alin. (1) lit. g) si h) din Legea nr. 99/2016.

În acest sens, contestatorul arată că, în privinţa asociatului SC ... SRL, au fost emise mai multe documente constatatoare, respectiv:

1. Documentul constatator nr. C72 din data de 16.12.2016 emis de ... S.A. în cuprinsul căruia se menţionează următoarele:

- Contractul nu a fost îndeplinit în mod corespunzător;
- Au fost constatate abateri de la calitatea produselor/serviciilor/lucrărilor contractate;
- S-a constatat un prejudiciu de 156.000 lei.

2. Documentul constatator nr. 8331/13.08..... emis de Consiliul Judeţean Galaţi în cuprinsul căruia se menţionează următoarele:

- Abateri de la calitatea serviciilor contractate:

„Merele nu respectă prevederile anexei I Standarde de comercializare prevăzute la art. 3" - partea B „Standarde de comercializare specifice" - partea 1 „Standarde de comercializare pentru mere", la Regulamentul de punere în aplicare (UE) nr. 543/2011, astfel:

- merele sunt transportate în cutii de carton ceea ce nu permite numărarea cu uşurinţă a acestora, în ambalaje ce nu sunt rezistente la transport si manipulare;

- ambalajele nu sunt inscripţionate cu menţiunile denumirea produsului, cantitatea netă exprimată în kilograme si numărul de bucăţi, greutatea, condiţiile de depozitare, respectiv temperatura, denumirea si adresa furnizorului, lotul, data expirării;

- ambalajele nu conţin menţiunea „Produs distribuit gratuit" conform Ordonanţei de urgenţă a Guvernului nr. 24/2010 aprobată cu modificări prin Legea nr. 195/2010, cu modificările si completările ulterioare. Este interzisă comercializarea!, această cerinţă fiind obligatorie;

- merele distribuite nu sunt spălate/curate astfel încât să poată fi consumate imediat de de copii, iar modul de ambalare nu prezintă siguranţă igienico- sanitară;

- merele sunt livrate instituţiilor şcolare deja stricate, mucegăite cu materii străine vizibile cu ochiul liber, atacate fie de boli sau dăunători, având un miros înţepător, ceea ce ne conduce la concluzia că, sunt pe cale de a intra în fermentaţie sau chiar putrefacţie;

- merele distribuite nu au greutatea minimă de 100 grame/bucată, asa cum prevăd standardele specifice de comercializare;

- merele distribuite nu sunt însoţite de buletine de analiză".

- Nu au fost respectate termenele contractuale;
- ...tea ... S.R.L. a fost sancţionată cu amendă contravenţională în cuantum de 10.000 lei.

3. Documentul constatator nr. 7448/04.07.2017 emis de Consiliul Judeţean Ialomiţa în cuprinsul căruia se menţionează următoarele:

- Contractul nu a fost îndeplinit în mod corespunzător;

4. Documentul constatator nr. 7449/04.07.2017 emis de Consiliul Judeţean Ialomiţa în cuprinsul căruia se menţionează următoarele:

- Contractul nu a fost îndeplinit in mod corespunzător;
- Au fost constatate abateri de la calitatea produselor;
- În anumite scoli nu au fost livrate merele pentru luna martie 2017, precizate în minuta nr. 12/07.06.2017, procedându-se la livrarea merelor la finalul lunii mai 2017;
- Conform adreselor primite de la scoli nu au fost distribuite mere la Şcoala Paltinisu în perioada 02-12 mai 2017, Şcoala primară Misleanu în perioada 13- 31 martie 2017, 02-12 mai 2017, Grădiniţă Perieti - învăţământ primar în perioada 13-31 martie 2017, 02-12 mai 2017, iar în perioada 06.03.2017-31.03.2017 nu au fost distribuite mere în următoarele scoli: Cazanesti, Borduselu, Munteni Buzău, Balaciu, Sarateni, Malu, Ograda.
- Furnizorul a schimbat producătorul fără a anunţa autoritatea contractantă conform Fisei de date, sesizate în minuta nr. 12/07.06.2017;
- Fructele au fost distribuite în mijloace de transport neadecvate si în ambalaje neconforme care nu corespund prevederilor Caietului de sarcini;

5. Documentul constatator nr. 7450/04.07.2017 emis de Consiliul Judeţean Ialomiţa în cuprinsul căruia se menţionează următoarele:

- Contractul nu a fost îndeplinit în mod corespunzător;

- Au fost constatate abateri de la calitatea produselor;
- În anumite scoli nu au fost livrate merele pentru luna martie 2017, precizate în minuta nr. 12/07.06.2017, procedându-se la livrarea merelor la finalul lunii mai 2017;
- Conform adreselor primite de la scoli nu au fost distribuite mere la Şcoala Gimnazială Alexeni, clasele 0-IV, perioada 08-12 mai 2017, clasele V-VIII, perioada 02-12 mai 2017;
- Furnizorul a schimbat producătorul fără a anunţa autoritatea contractantă conform Fisei de date, sesizate în minuta nr. 12/07.06.2017;
- Fructele au fost distribuite în mijloace de transport neadecvate si în ambalaje neconforme care nu corespund prevederilor Caietului de sarcini.

Contestatorul precizează că din documentelor constatatoare anterior menţionate, rezultă îndeplinirea cumulativă a condiţiilor prevăzute de legiuitor la art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, respectiv:

- ofertantul si-a încălcat în mod grav si repetat obligaţiile contractuale;

- încălcarea obligaţiilor contractuale a generat aplicarea de sancţiuni.

În continuare, contestatorul invocă decizia CNSC nr....., arătând că în aceasta s-au reţinut următoarele:

"*Elocventă în analizarea situaţiei factuale este si opinia Curţii de Justiţie a Uniunii Europe, in cauza C-465/11, Forposta SA, ABC Direct Contact sp. z o.o. împotriva Poczta Polska SA-*

(...) Noţiunea „abatere profesională" acoperă orice comportament culpabil care afectează credibilitatea profesională a operatorului în cauză, iar nu numai încălcările normelor de deontologie în sensul strict al profesiei căreia îi aparţine acest operator, care ar fi constatate de organul disciplinar prevăzut în cadrul acestei profesii sau printr-o decizie jurisdicţională cu autoritate de lucru judecat (...).

În consecinţă, nerespectarea de către un operator economic a obligaţiilor sale contractuale poate, în principiu, să fie considerată drept abatere profesională.

Analizând documentul constatator mai sus menţionat, Consiliul constată că, prin informaţiile din cuprinsul acestuia, sunt întrunite condiţiile cumulative de excludere impuse de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, deoarece, din cauza unor abateri repetate în executarea unui acord-cadru (neasigurarea, ca urmare a trei ordine, a utilajelor specifice serviciilor de deszăpezire si refuzul contractantului de a semna un nou contract subsecvent), autoritatea emitentă a reziliat respectivul acordul-cadru si a stabilit prejudicii. (...)

Conform articolului menţionat, autoritatea contractantă are obligaţia excluderii din procedură a operatorului economic care si-a încălcat în mod grav sau repetat obligaţiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziţii publice, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune interese sau alte sancţiuni complementare. Iar în cazul ofertantului ... există emis un document constatator care dovedeşte caracterul grav al abaterii pe care a realizat-o

în executarea obligaţiilor contractuale, acordul-cadru fiind reziliat din aceste considerente, cu stabilirea, totodată, a prejudiciului produs. (...)

Într-o situaţie similară s-a pronunţat si Curtea de Justiţie a Uniunii Europene in cauza C-171/15, Connexxion Taxi Services BV împotriva Staat der Nederianden - Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, Transvision BV, Rotterdamse Mobiliteit Centrale RMC BV, Zorgvervoercentrale Nederland BV:

(...) unii dintre operatorii economici interesaţi, deşi cunosc clauza de excludere inserată în documentele aferente contractului de achiziţii si desi sunt conştienţi că s-au făcut vinovaţi de o abatere profesională care poate fi calificată drept gravă, ar putea fi tentaţi să depună o ofertă în speranţa de a fi scutiţi de excludere pe baza unei analize ulterioare a situaţiei lor (...), potrivit reglementării naţionale în discuţie în litigiul principal în timp ce alţii aflaţi într-o situaţie comparabilă; s-ar abţine să depună o asemenea ofertă, având încredere în conţinutul acestei clauze de excludere (...).

(...) în lumina principiului egalităţii de tratament precum si a obligaţiei de transparenţă care decurge din acesta trebuie interpretate în sensul că se opun ca o autoritate contractantă să decidă atribuirea unui contract de achiziţii publice unui ofertant care se face vinovat de o abatere profesională gravă, pentru motivul că excluderea ofertantului respectiv de la procedura de atribuire ar fi fost contrară principiului proporţionalităţii, desi, potrivit condiţiilor prevăzute în cererea de ofertă aferentă acestui contract, un ofertant care se face vinovat de o abatere profesională gravă ar trebui să fie în mod obligatoriu exclus fără a se ţine seama de caracterul proporţional sau neproporţional al acestei sancţiuni.

(...) În concluzie, Consiliul constată că autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, a analizat defectuos oferta prezentată de ..., care, pentru argumentele de mai sus, devine inacceptabilă, în temeiul art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 b) [a fost depusă de un ofertant care nu îndeplineşte una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentaţia de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă]".

Astfel, contestatorul precizează că, desi documentele constatatoare la care a făcut trimitere constituie fără putinţă de tăgadă temei de excludere din procedura de atribuire, ofertantul asocierea ... nu a adus la cunostinţă entităţii contractante această situaţie.

Raportat la solicitarea expresă din DUAE de a declara dacă „*Operatorul economic s-a aflat într-o situaţie în care un contract de achiziţii publice anterior, un contract anterior încheiat cu o autoritate contractantă sau un contract de concesiune anterior a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancţiuni comparabile în legătură cu respectivul contract anterior*", contestatorul menţionează că ofertantul avea obligaţia de a indica în DUAE existenţa unor astfel de situaţii.

Având în vedere că DUAE reprezintă o declaraţie pe propria răspundere în care ofertantul are obligaţia să prezinte situaţia reală si adevarată a statusului acestuia, contestatorul apreciază că ... SRL a făcut

declaraţii false, omiţând cu bună stiinţă să prezinte aceste documente constatatoare.

De asemenea, contestatorul arată că potrivit Hotărârii CJUE din 4 mai 2017, pronunţată în cauza C-387/14 având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Camera Naţională de Recurs, Polonia, prin decizia din 25 iulie 2014, în procedura *Esaprojekt sp. z.o.o. împotriva Wojewodztwo Lodzkie* s-a reţinut printre altele că:

„un operator economic poate fi exclus de la participarea la un contract de achiziţii publice în cazul în care s-a făcut „grav vinovat" de declaraţii false prin furnizarea informaţiilor solicitate de autoritatea contractantă sau nu a furnizat aceste informaţii [...].

Pentru a considera candidatul ofertant ca fiind „grav vinovat" în sensul dispoziţiei menţionate si a-l exclude astfel de la un contract de achiziţii publice, este suficient ca acesta să se fi făcut răspunzător de o neglijenta de o anumită gravitate, si anume o neglijenţă de natură să aibă o influenţă determinantă asupra deciziilor de excludere, de selectare sau de atribuire a unui contract de achiziţii publice [...].

Or, după cum reiese din decizia de trimitere, declaraţiile si informaţiile furnizate de operatorul economic în cauză au influenţat într-adevăr rezultatul procedurii de atribuire a contractului în discuţie în litigiul principal. Astfel, potrivit Krajowa Izba Odwotawcza (Camera Naţională de Recurs), Konsultant Komputer a câstigat cererea de ofertă tocmai pe baza acestor declaraţii si a acestor informaţii".

Având în vedere că ofertantul ... SRL a ascuns cu bună stiinţă această situaţie si a declarat eronat în DUAE, contestatorul apreciază că asocierea ... trebuia exclusă din procedura de atribuire în baza art. 180 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 99/2016.

II. Entitatea contractantă ..... are calitatea de acţionar al ... SA, fiind astfel în conflict de interese.

Contestatorul arată că potrivit informaţiilor publice ce se regăsesc pe site-ul Oficiului Naţional al Registrului Comerţului, ... SA este acţionar în cadrul Companiei ... Service SA, cota sa de participare fiind de 10%.

Invocând prevederile art. 71 și 72 din Legea nr. 99/2016, contestatorul solicită Consiliului să observe că entitatea contractantă nu a întreprins niciun demers pentru a verifica acest motiv de conflict de interese în condiţiile în care, potrivit dispoziţiilor legale entitatea contractantă are obligaţia de a lua toate măsurile necesare pentru a identifica situaţiile de conflict de interese.

Contestatorul susţine că din cuprinsul dosarului achiziţiei nu rezultă că entitatea contractantă a luat vreo măsură în etapa de evaluare a ofertelor în vederea identificării vreunei situaţii de conflict de interese desi, din Certificatul constatator al ... SA rezultă cu evidenţă că entitatea contractantă are calitatea de acţionar.

III. Ofertantul asocierea ... nu îndeplineşte cerinţele Cap. III.2.1.a) din fisa de date a achiziţiei

Contestatorul arată că potrivit Cap. III.2.1.a) din fisa de date a achiziţiei, ofertanţii aveau obligaţia îndeplinirii următoarelor cerinţe:

„Documentele doveditoare a informaţiilor asumate prin completarea DUAE urmează a fi prezentate, la solicitarea entităţii contractante, în faza de analiză a documntelor suport DUAE la solicitarea entităţii contractante, în conformitate cu prevederile art. 205 din Legea nr. 99/2016".

Având în vedere cerinţele din cadrul documentaţiei de atribuire, contestatorul precizează că entitatea contractantă a solicitat în temeiul art. 205 din Legea nr. 99/2016 depunerea documentelor doveditoare menţionate în cadrul DUAE, actualizate.

În continuare, contestatorul arată că ofertantul asocierea ... nu a prezentat certificatele fiscale solicitate prin documentaţia de atribuire, actualizate, asa cum prevăd dispoziţiile art. 205 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

Astfel, având în vedere data la are s-a finalizat evaluarea ofertelor prin stabilirea clasamentului, respectiv data de 07.08....., contestatorul precizează că asociaţii/subcontractanţii trebuiau să prezinte certificatele fiscale care să ateste lipsa datoriilor la data de 31.07.....

Din documentele prezentate de asocierea ..., rezultă faptul că asociatul ... SRL si subcontractantul ... SRL au depus certificatele fiscale care atestă lipsa datoriilor la data de 30.06.....

Prin urmare, contestatorul consideră că entitatea contractantă avea obligaţia de a respinge oferta pentru nedepunerea documentelor solicitate prin documentaţia de atribuire, actualizate.

Contestatorul solicită Consililui să observe că asociatul .....S SA si subcontractantul ... au depus certificate fiscale ce atestă lipsa datoriilor la data de 31.07.....

Prin urmare, contestatorul menţionează că entitatea contractantă trebuia să facă aceste verificări ca urmare a discrepanţei dintre informaţiile furnizate chiar de membrii aceleaşi asocieri.

Faţă de toate aceste considerente, contestatorul solicită admiterea criticilor si constatarea caracterului inadmisibil al ofertei depusă de asocierea ....

IV. <u>Ofertantul asocierea ... nu îndeplineşte cerinţele Cap. III.2.3.a) din fisa de date a achiziţiei.</u>

În susţinerea cerinţelor privind experienţa similară, contestatorul arată că asociatul ..... SA a prezentat contractul nr. 11697/29.08.2001 si actul adiţional nr. 330/23.04.2004 prin care a fost prelungită perioadă contractuală până în anul .....

În dovedirea valorii solicitate prin fisa de date a achiziţiei, ofertantul a prezentat o serie de facturi în cuprinsul cărora se regăsesc menţiuni cu privire la actul adiţional nr. 260/29.07.2011.

Contestatorul solicită Consiliului să observe că acest document cu care se probează valoarea nu se regăseste în dosarul achiziţiei, nefiind prezentat de ofertant ca urmare a solicitării de clarificări transmisă de entitatea contractantă.

Astfel, contestatorul consideră că entitatea contractantă nu putea accepta facturile prezentate de ofertant fără a fi în posesia actului adiţional la care se face trimitere în cuprinsul acestora.

Prin urmare, contestatorul solicită obligarea entităţii contractante la verificarea în mod riguros a documentelor prezentate de asocierea ...,

conform cerinţelor fisei de date a achiziţiei prin care s-au solicitat copii ale contractelor.

Faţă de toate considerentele anterior învederate, contestatorul solicită admiterea contestaţiei cu consecinţa obligării entităţii contractante la excluderea din procedura de atribuire a ofertantului asocierea .../declararea ofertei ca inadmisibilă.

V. Ofertantul asocierea ... nu îndeplineste cerinţele caietului de sarcini privind personalul

Având în vedere procentele declarate de asociaţi, contestatorul dovedeste faptul că aceştia nu deţin personalul necesar pentru executarea contactului.

Astfel, ... SRL, conform propriilor declaraţii, va pune la dispoziţie 24 agenţi.

Raportat la procentul de participare în asociere -19%, numărul de agenţi pe care asociatul ar fi trebuit să-l pună la dispoziţie este de 42 agenţi.

... SRL, conform propriilor declaraţii, va pune la dispoziţie 51 agenţi.

Raportat la procentul de participare în asociere - 25%, numărul de agenţi pe care asociatul ar fi trebuit să-l pună la dispoziţie este de 55 agenţi.

... SRL, conform propriilor declaraţii, va pune la dispoziţie 44 agenţi.

Raportat la procentul de participare în asociere - 30%, numărul de agenţi pe care asociatul ar fi trebuit să-l pună la dispoziţie este de 66 agenţi.

Astfel, raportat la declaraţiile asociaţilor/subcontractanţilor si având în vedere cerinţele caietului de sarcini, contestatorul precizează că autoritatea contractantă avea obligaţia de a clarifica dacă ofertantul declarat câstigător poate să îndeplinească în bune condiţii obligaţiile contractuale.

Contestatorul susţine că există un risc ridicat ca activităţile desfăsurate să nu respecte cerinţele solicitate prin caietul de sarcini si reglementările legale. De asemenea, există premisa ca, în cazul prestării necorespunzătoare a serviciilor, entitatea contractantă să fie nevoită să rezilieze contractul de achiziţie, fapt care ar conduce la încălcarea principiului eficienţei utilizării fondurilor publice.

În temeiul art. 19 din Legea nr. 101/2016, contestatorul solicită să i se permită accesul la dosarul achiziţiei publice.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 36347/06.09....., ... SA, în calitate de entitate contractantă, formulează punct de vedere cu privire la contestaţia depusă de SC ..... SRL, solicitând:

- în cazul neconstituirii cauţiunii stabilite, respingerea contestaţiei în temeiul art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016;
- iar pe fond, respingerea ca neîntemeiată a contestaţiei.

În fapt, entitatea contractantă arată că a iniţiat procedura în cauză prin publicarea în SEAP a anunţului de participare nr. ...../15.12.2017.

Până la data limită de depunere a ofertelor, respectiv 10.05....., conform procesului verbal SAch nr. 43.1/10.05....., în cadrul procedurii de atribuire a contractului sectorial, pentru lotul I, au depus oferte următorii operatori economici:
- Asocierea ..... SA (Lider de asociere) - SC ... SRL;
- ASOCIEREA SC ... SRL (Lider de asociere) - SC ...SRL;
- ASOCIEREA ..... SRL (Lider de asociere) - ... ...' ....
În urma analizării informaţiilor prezentate în DUAE de ofertanţii participanţi si a documentelor suport prezentate de ofertantul clasat pe primul loc preliminar, precum si a propunerilor tehnice si financiare depuse în cadrul procedurii de atribuire, conform raportului procedurii ...../..... a fost declarată ca fiind câstigătoare oferta depusă de asocierea ..... SA (Lider de asociere) - SC ... SRL.
Împotriva acestei decizii SC ..... SRL, a formulat contestaţie în temeiul art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.
În ceea ce priveşte constituirea cauţiunii impuse de dispoziţiile art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, raportat la prevederile art. 1 din Hotărârea de plen din data de 05.06..... a Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, entitatea contractantă solicită respingerea contestaţiei formulate de către SC ..... SRL în cazul nerespectării de către acesta a dispoziţiilor art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 si a prevederilor Hotărârii de plen anterior menţionate.
În ceea ce priveşte fondul cauzei, entitatea contractantă solicită respingerea contestaţiei formulate de SC ..... SRL ca neîntemeiată având în vedere următoarele considerente:

1. Referitor la pretinsul conflict de interese invocat de către contestator, entitatea contractantă consideră susţinerile acestuia neîntemeiate din următoarele considerente:

Conform art. 72 din. Legea nr. 99/2016 prin „conflict de interese" se înţelege orice situaţie în care personalul entităţii contractante sau al unui furnizor de servicii de achiziţie care acţionează în numele entităţii contractante care sunt implicaţi în desfăşurarea procedurii de atribuire sau care pot influenţa rezultatul acesteia au, în mod direct sau indirect, un interes financiar, economic sau un alt interes personal, care ar putea fi perceput ca element care compromite imparţialitatea sau independenţa lor în contextul procedurii de atribuire.

Totodată, art. 73 din Legea nr. 99/2016 stabileşte „situaţiile potenţial generatoare de conflict de interese". Din analiza acestor prevederi legale, singurele referiri la o situaţie potenţial generatoare a unui conflict de interese, raportat la motivele invocate de către contestator, sunt cele prevăzute la alin. (1) lit. a) si b) de la art. 73 din Legea nr. 99/2016.

În acest sens, alin. (1) lit. a) si b) de la art. 73 din Legea nr. 99/2016 stipulează ca fiind situaţii potenţial generatoare de conflict de interese următoarele;

„a) participarea în procesul de verificare/evaluare a solicitărilor de participare/ofertelor a persoanelor care deţin părţi sociale, părţi de interes, acţiuni din capitalul subscris al unuia dintre ofertanţi/candidaţi, terţi susţinători sau subcontractanţi propuşi ori a persoanelor care fac

parte din consiliul de administraţie/organul de conducere sau de supervizare al unuia dintre ofertanţi/candidaţi, terţi susţinători sau subcontractanţi propuşi;

b) participarea în procesul de verificare/evaluare a solicitărilor de participare/ofertelor a unei persoane care este soţ/soţie, rudă sau afin, până la gradul al doilea inclusiv, cu persoane care fac parte din consiliul de administraţie/organul de conducere sau de supervizare al unuia dintre ofertanţi/candidaţi, terţi susţinători ori subcontractanţi propuşi;"

Astfel, aceste ipoteze se referă la situaţiile în care în procesul de verificare/evaluare a solicitărilor de participare la o procedură de atribuire sunt implicate persoane care deţin părţi sociale din capitalul subscris al participanţilor la procedură, ori fac parte din organele de conducere ale acestora.

Pentru verificarea inexistenţei sau existenţei a unor astfel de situaţii potenţial generatoare de conflict de interese art. 23 alin. (3) lit. a) din HG nr. 394/2016 impune obligaţia entităţii contractante de a publica în SEAP (SICAP) „declaraţia privind persoanele ce deţin funcţii de decizie în cadrul entităţii contractante, respectiv cele cu putere de reprezentare din partea furnizorilor de servicii auxiliare achiziţiei, precum şi datele de identificare ale acestora".

Totodată, pentru a avea acces si operatorii economici la aceste informaţii, entitatea contractantă arată că în cadrul fisei de date la Secţiunea III.2.1.a) au fost publicate numele si prenumele tuturor persoanelor ce deţin funcţii de decizie în cadrul entităţii contractante, respectiv ..., precum si a celor implicate în procesul de verificare/evaluare a solicitărilor de participare/ofertelor.

În acest sens, entitatea contractantă precizează că din analiza informaţiilor cuprinse în cadrul fisei de date la Secţiunea III.2.1.a), precum si a celor furnizate de Oficiul Naţional al Registrului Comerţului prin documentul „Furnizare Informaţii" nr. 1453478, reiese în mod evident că niciuna dintre persoanele cu funcţii de decizie sau implicate în procesul de verificare/evaluare a solicitărilor de participare/ofertelor nu deţin acţiuni din capitalul subscris al SC ..... SA si nici nu fac parte din consiliul de administraţie/organul de conducere al acesteia.

În vederea corectei informări a Consiliului, entitatea contractantă menţionează că persoana desemnată de către ... în consiliul de administraţie al SC ..... SA este domnul ..., persoana care nu face parte din categoria persoanelor cu funcţii de decizie sau implicate în procesul de verificare/evaluare a solicitărilor de participare/ofertelor astfel cum reiese din informaţiile prezentate la Secţiunea III.2.1.a) din fisa de date aferentă anunţului de participare nr. ...../15.12.2017.

În concluzie, entitatea contractantă apreciază că nu se poate reţine existenţa unei situaţii potenţial genratoare de conflict de interese, astfel cum este reglementată de art. 72 si 73 din Legea nr. 99/2016.

2. Referitor la pretinsa neîndeplinire a cerinţei prevăzute la Secţiunea III.2.1.a) din fisa de date, invocată de către contestator, entitatea contractantă consideră neîntemiate susţinerile acestuia din următoarele considerente:

Conform celor stipulate în fisa de date la Secţiunea III.2.1.a) „Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinţei", Pct. I „Pentru persoane juridice romane", lit. a) ofertanţii aveau obligaţia de a prezenta certificate privind îndeplinirea obligaţiilor exigibile de plată a impozitelor si taxelor către stat, inclusiv cele locale, precum si a contribuţiei pentru asigurări sociale, din care să ateste lipsa datoriilor restante la momentul prezentării ofertelor.

Totodată, art. 205 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 stipulează că *„înainte de atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru, cu excepţia situaţiei contractelor subsecvente atribuite în executarea unui acord-cadru, entitatea contractantă solicită ofertantului clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire să prezinte documente justificative actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare şi selecţie, în conformitate cu informaţiile cuprinse în DUAE*."

Faţă de cerinţa privind modalitatea de îndeplinire prevăzută în fisa de date la Secţiunea III.2.1.a) „Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinţei", Pct. I „Pentru persoane juridice române", lit. a) si anume prezentarea de certificate care să ateste lipsa datoriilor restante la momentul prezentării ofertelor, conform anunţului de participare nr. ...../15.12.2017 si ca urmare a solicitării comisiei de evaluare de a prezenta documentele suport care să dovedească informaţiile prezentate în DUAE, adresa SAch nr. 3034/07.08....., entitatea contractantă arată că au fost prezentate pentru ofertantul asociat ... SRL certificatul de atestare fiscală nr. 60795/23.07....., iar pentru subcontractantul ... SRL certificatul de atestare fiscală nr. 61133/18.07.....

Astfel, din analiza celor 2 certificate de atestare fiscală, având în vedere că ele pot fi utilizate de posesorul acestora pentru o perioadă de 30 de zile (termen de valabilitate), rezultă în mod evident că la data depunerii lor, respectiv 10.08..... (adresa SC ..... SA nr. 4926/10.08.....) ele au fost prezentate în termenul de valabilitate, constituind în mod evident un document justificativ actualizat prin care este demonstrată îndeplinirea cerinţei prevăzute la Secţiunea III.2.1.a) din fisa de date aferentă anunţului de participare nr. ...../15.12.2017.

3. Referitor la pretinsa neîndeplinire a cerinţei privind experienţa similară, prevăzută la Secţiunea III.2.3.a) din fisa de date, invocată de către contestator, entitatea contractantă consideră susţinerile acestuia neîntemiate din următoarele considerente:

Conform DUAE prezentat de către ofertantul asociat SC ..... SA, în dovedirea cerinţei privind experienţa similară solicitată la Secţiunea III.2.3.a) din fisa de date, entitatea contractantă arată că a fost invocat contractul de prestării servicii nr. 11697/29.08.2001 încheiat între..... - ....." S.A., actual....." SA, în calitate de beneficiar si SC ..... SA, în calitate de prestator si actele adiţionale aferente acestuia.

De asemenea, în urma solicitării comisiei de evaluare emisă în temeiul art. 205 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 (adresa SAch nr. 3034/07.08.....), entitatea contractantă arată că SC ..... SA a prezentat prin adresa nr. 4926/10.08....., contractul de prestării servicii nr. 11697/29.08.2001, actul adiţional 330/23.04.2004 prin care a fost prelungită durata de valabilitate a contractului până la data de 31.01....., centralizator si

facturile aferente perioadei 30.05.2015 - 29.12.2017, respectiv ultimii 3 ani contractuali, sens în care a fost făcută dovada îndeplinirii cerinţei atât din punct de vedere a serviciilor prestate, cât si valoric conform cerinţei privind experienţa similară solicitată la Secţiunea III.2.3.a) din fisa de date pentru lotul I.

Având în vedere faptul că raportul contractual invocat în susţinerea experienţei similare este contractul încheiat chiar cu entitatea contractantă, respectiv ..., si aceasta se află în posesia atât a contractului, cât si a tuturor actelor adiţionale, fiind parte semnatară a acestora, în temeiul art. 206 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 este evident că nu se impunea prezentarea tuturor actelor adiţionale, inclusiv a actului adiţional în baza căruia au fost emise facturile aferente perioadei 30.05.2015 — 29.12.2017, astfel cum invocă contestatorul.

În concluzie, având în vedere cele precizate anterior si raportat la prevederile art. 206 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă consideră că susţinerile contestatorului sunt vădit netemeinice.

4. Referitor la pretinsa neîndeplinire a cerinţei prevăzute la Cap. 7 „Cerinţe tehnico-organizatorice” din caietul de sarcini privind personalul alocat pe durata contractului, invocată de către contestator, entitatea contractantă consideră neîntemiate susţinerile acestuia din următoarele considerente:

Conform celor precizate în caietul de sarcini la Cap. 7 „Cerinţe tehnico-organizatorice" se solicită ofertantului câstigător să asigure pe durata contractului un minim de personal, respectiv 200 de persoane.

Din analiza motivelor dezvoltate în contestaţie, SC ..... SRL nu contestă existenţa numărului minim de personal alocat contractului, ci repatizarea acestuia pe fiecare dintre asociaţi si subcontractanţi, si anume faptul că repartizarea procentuală a activităţilor desfăsurate de fiecare ofertant asociat si subcontractant trebuie să se reflecte în mod obligatoriu si în repartizarea personalului alocat.

În opinia entităţii contractante, această logică a contestatorului nu poate fi reţinută, întrucât alocarea resurselor umane nu este obligatoriu să se facă în procentul declarat de fiecare asociat si subcontractant, deoarece anumite activităţi de curăţenie subcontractate sau prestate de asociaţi pot fi efectuate printr-un personal mai redus decât alte activităţi de curăţenie subcontractate sau prestate de asociaţi.

Cu titlu de exemplu, entitatea contractantă arată că în caietul de sarcini pentru conducători de autospeciale si pentru operator/încărcător se specifică, că numărul acestora va fi stabilit în funcţie de necesităţi pentru respectarea graficelor de colectări.

Totodată, entitatea contractantă menţionează că activităţile ce formează obiectul contractului presupune pe lângă alocarea de personal si alocarea de resurse tehnice, precum si de materii prime si materiale, motiv pentru care procentele indicate în acordul de asociere si în cele de subcontractare includ atât resursele umane cât si resursele tehnice, organizatorice, materii prime si materiale, iar proporţia fiecărei dintre aceste componete nu poate coincide cu procentul total declarat în acordul de asociere si de subcontractare.

Astfel, logica contestatorului de alocare doar a resurselor umane în procentul indicat nu poate fi reţinută în aprecierea îndeplinirii tuturor cerinţelor din caietul de sarcini.

Entitatea contractantă susţine că cerinţele privind atât personalul, resusele tehnice, materiile prime si materiale solicitate în caietul de sarcini au fost îndeplinite de ofertantul declarat câstigător.

Faţă de cele antemenţionate, entitatea contractantă solicită:

- în cazul neconstituirii cauţiunii stabilite, respingerea contestaţiei în temeiul art 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016;
- pe fond, respingerea ca neîntemeiată a contestaţiei si, pe cale de consecinţă, menţinerea în tot a actelor contestate, respectiv raportul procedurii nr. ...../..... si adresa SAch nr. ...../..... prin care i-a fost comunicat contestatorului rezultatul procedurii.

În drept, entitatea contractantă îsi întemeiază punct de vedere pe dispoziţiile art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, art. 72, art. 73, art. 205 alin. (2) si art. 206 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 si prevederile cuprinse în documentaţia de atribuire.

Prin adresa nr. ...../..... înregistrată la CNSC sub nr. ...../....., SC ..... SA a formulat cerere de intervenție, solicitând respingerea contestaţiei formulată de SC ..... SRL ca nefondată.

Intervenientul solicită admiterea în principiu a cererii sale, interesul său fiind justificat prin calitatea dobândită, de ofertant câstigător al procedurii.

I. În ceea ce priveste susţinerea contestatorului că oferta desemnată câtigătoare ar fi trebuit respinsă în baza art. 180 alin. (1) lit. g) si h) din Legea nr. 99/2016, intervenientul consideră că aceste dispoziţii trebuie coroborate cu dispoziţiile prevăzute de alin. (6) a aceluiaşi art. 180 din Legea nr. 99/2016.

În raport de aceste dispoziţii legale intervenientul consideră că entitatea contractantă a procedat în mod legal atunci când a luat decizia că oferta prezentată de asocierea sa nu trebuia respinsă, întrucât documentele constatatoare analizate nu prezintă condiţiile obligatorii cerute de dispoziţiile legale mai sus citate pentru a fi posibilă excluderea, astfel:

- Documentele constatatoare nu se referă la încălcări grave sau repetate ale obligaţiilor principale din contracte; astfel ele nu fac referire la faptul că asocierea sa nu si-ar fi executat obligaţiile (prestarea serviciilor de curăţenire) si nici nu arată că au existat neconformităţi majore la modalitatea de executare a acestora.
- În consecinţă, neexistând astfel de încălcari grave nu există nici urmările arătate de lege: încetarea anticipată a respectivelor contracte, plata de daune-interese sau alte sancţiuni comparabile.

În raport de aceste argumente, intervenientul analizează punctual fiecare document constatator în parte, astfel:

I. În ceea ce priveşte documentul constatator emis de SC ...S.A., cu nr. C72/16.12.2016 (Anexa nr. 1), emis în urma executării de către SC ... SRL a celui de-al doilea contract subsecvent, cu nr. 72/23.11.2015, la Acordul cadru nr. 62/08.09.2014, intervenientul arată următoarele:

- documentul arată la pct. 8, lit. f) că nu a intervenit rezilierea contractului; dimpotrivă, documentul arată, la pct.6 - Informaţii, că încetarea contractului a avut loc la termen, adică la data de 30.11.2016;

- în document, la pct. 8, lit. a), se arată că au existat abateri de la calitatea serviciilor dar nu si faptul că nu si-ar fi îndeplinit total/partial serviciile; astfel, nu se poate reţine că au existat încălcări grave ale obligaţiilor principale, asa cum se înţelege din accepţiunea termenului "grav" conform alin. (5), mai sus prezentat;

- documentul arată la pct. 9 că: ,"s-au aplicat penalităţi în valoare de 156.000 lei pentru deficienţe constatate în prestarea serviciilor".

Referitor la aceste penalităţi, intervenientul menţionează că ele nu sunt daunele-interese prevăzute de art. 181 lit. g), ci sunt penalităţi contractuale, care în speţă reprezintă 2,55% din valoarea contractului subsecvent, valoare care nu poate fi considerată nicicum un prejudiciu grav adus autorităţii ... SA.

De altfel, în caietul de sarcini (Anexa nr. 5) al acestui contract cu SC ... SA, au fost prevăzute un număr maxim de 7.000 puncte de penalizare/ lună, iar SC ... SRL s-a încadrat între 385-1180 de puncte lunar, ceea ce demonstrează o dată în plus că nu au existat abateri grave de la prestarea obligaţiilor contractuale.

Aceste afirmaţii sunt pe deplin susţinute de Recomandarea cu nr. 68/11.01..... (Anexa nr. 2) emisă de către SC ... SA, exact pentru acest contract subsecvent cu nr. 72/23.11.2015, recomandare prin care se arată că obligaţiile contractuale au fost îndeplinite în conformitate cu cerinţele specifice, fără să se invoce vreun prejudiciu.

Intervenientul mai arată că în practică, Curtea de Apel ....., prin Decizia civilă nr. 4407/25.09.2015 (Anexa nr.3), într-o speţă care a analizat printre altele si efectele pe care le poate produce un document constatator similar, emis chiar de către SC ... SA cu referire la acelaşi acord cadru, a reţinut următoarele:

"*Asa cum în mod corect au fost interpretate dispoziţiile legale din dreptul naţional, prevederile art. 181, lit.c, indice 1) nu trebuie utilizate ca un instrument de excludere a oricărui operator economic care a greşit la un moment dat în contextul îndeplinirii unui contract*."

În concluzie, raportat la dispoziţiile legale invocate, intervenientul precizează că acest document constatator nu poate constitui temei pentru aplicarea dispoziţiilor art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, respectiv pentru a-i fi exclusă oferta din licitaţia desfăsurată de către entitatea contractantă.

II. În ceea ce priveşte documentul constatator nr. 8331/13.08..... (Anexa nr. 4) emis de către CJ Galaţi în urma executării de către SC ... SRL a celui de-al doilea contract subsecvent, cu nr. 2434/15.03.2017 la Acordul cadru nr. 3385/18.04.2016, intervenientul arată următoarele:

Mai întâi, învederează că acest document a fost emis la peste 12 luni de la data încetării contractului subsecvent în temeiul căruia a fost emis, respectiv la data de 13.08..... (contractul fiind încetat la 16.06.2017).

În al doilea rând, potrivit dispoziţiilor legale, art. 161, alin. (4) din HG nr. 394/2016: "(4) Documentele constatatoare emise de către entitatea contractantă în conformitate cu prevederile alin. (1) şi (2) pot fi contestate

potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările şi completările ulterioare.", motiv pentru care a formulat atât o plângere prealabilă înregistrată la autoritatea contractantă la data de 07.09....., pentru care ataşează dovada primirii (Anexa nr. 5), cât si o cerere de suspendare a efectelor acestui document constatator depusă la Tribunalul ..... si care face obiectul dosarului nr. /..... (dovada de pe portal - Anexa 6).

De asemenea, a solicitat autorităţii contractante, a doua zi după emiterea documentului constatator, respectarea dispoziţiilor art. 161, alin. (5) si (6) din HG nr. 394/2016:

"(5) Documentele constatatoare emise de către entitatea contractantă pentru neîndeplinirea obligaţiilor contractuale de către contractant/contractant asociat şi, 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/soluţionării contestaţiilor, în situaţia în care acestea au fost depuse.

(5^1) Entitatea contractantă are obligaţia de a actualiza în SEAP informaţiile cu privire la documentul prevăzut la alin. (5) în termen de 5 zile de la momentul luării la cunoştinţă că situaţia de fapt ce a stat la baza emiterii respectivului document constatator trebuie modificată din cauze obiective."

Până la data formulării cererii de intervenţie, intervenientul menţionează că CJ Galaţi nu s-a conformat dispoziţiilor legale. Intervenientul consideră astfel că la acest moment fiind începute si derulate procedurile legale de contestare, acest document nu trebuie să producă efecte în circuitul civil, mai ales în raport cu data emiterii lui- 13.08.....

Pe fond, intervenientul arată că acest document prezintă de asemenea la pct. 8, lit. B) informaţia că nu a intervenit Rezilierea Contractului.

Se invocă, la peste 12 luni de la data încetării contractului, următoarele abateri:

Pct. 8, lit. A) din document:

- Nerespectarea unor criterii privind ambalarea şi transportul merelor
- Nerespectarea unor criterii privind calitatea merelor

Pct. 8, lit.B) Nerespectarea termenelor contractuale

- Abateri la respectarea normelor de securitate şi sănătate a muncii, PSI: "au fost respectate nomele referitoare la PSI, sănătatea şi securitatea muncii- merele nu corespund specificaţiilor tehnice, nefiind conforme, prezentând urme de atacuri de boli şi dăunători care pun în pericol starea de sănătate a copiilor".

- Alte clauze contractuale îndeplinite defectuos: art.9.2, art.10.5, art.10.6 etc., fără a se detalia care sunt acestea;

La pct.9- privind eventualele prejudicii, se arată în document că nu există prejudicii dar se menţionează aspecte privind: amendarea contravenţională a societăţii sale de către ANPC prin procesul verbal nr. 0817460/31.05.2017 cu suma de 10.000 lei din care s-a achitat în 48 de ore suma de 1000 lei.

- îi sunt menţionate aspectele constatate de către ANPC la controlul efectuat în 3 şcoli.

În raport de argumentele de mai sus, intervenientul arată că concluziile sunt similare ca la primul document constatator analizat, întrucât nici prevederile celui de-al doilea nu se încadrează în cerinţele strict prevăzute de lege pentru care o ofertă poate fi exclusă dintr-o procedură de licitatie, neexistând abateri grave care să fi condus la reziliere si neexistând vreun prejudiciu imputat societăţii sale.

III. Referitor la documentele constatatoare 7448,7449,7450/2017 emise de către CJ Ialomiţa, intervenientul arată următoarele:

- Prin adresa nr. 9247/18.08.2017 (Anexa nr. 7) CJ Ialomiţa a anulat publicarea acestora din SEAP întrucât ...tea sa a solicitat revocarea acestora, existând la acest moment acţiuni în instanţă ce au ca obiect anularea lor.

- Pe fond, aceste documente constatatoare nu pot fi motiv de excludere a societăţii sale din procedura de atribuire ce face obiectul contestaţiei întrucât nici acestea nu se subscriu ipotezei legale din prevederea art. 180 alin. (1) lit. g) si anume: nu fac referire la încălcări grave ale contractelor care să fi condus la rezilierea acestora sau la solicitarea de daune.

- Astfel, din cuprinsul documentelor constatatoare cu nr. 7448, 7449 si 7450/04.07.2017 rezultă doar abateri minore care nu s-au soldat cu rezilierea contractelor sau cu imputarea vreunui prejudiciu.

Aşadar, intervenientul consideră întemeiate aceleaşi concluzii ca la pct. 1 si 2, în sensul că: documentele constatatoare, emise de către CJ Ialomiţa si pentru care există în desfăsurare procedurile legale de contestare, nu pot fi motiv de excludere în interpretarea art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, întrucât nu îndeplinesc condiţiile imperative impuse de legiuitor si anume să facă dovada săvârsirii unor abateri grave care să fi condus la rezilierea contractelor, plata de prejudicii sau daune-interese către autoritatea contractantă.

Nefiind îndeplinite condiţiile prevăzute de art. 180 alin.(1) lit. g) din Legea nr. 99/2016 ...tea sa nu avea obligaţia să indice în DUAE existenţa acestor documente constatatoare. Astfel, în DUAE se solicită expres ca operatorul să declare dacă: "*Operatorul economic s-a aflat într-o situaţie în care un contract de concesiune anterior a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancţiuni comparabile în legătură cu respectivul contract anterior*".

Din analiza efectuată la pct. 1, 2 si 3 rezultă fără dubiu că ...tea sa nu avea obligaţia să menţioneze în cuprinsul DUAE despre existenţa acestor documente constatatoare, nefiind îndeplinite condiţiile strict prevăzute de lege.

Intervenientul precizează că din motivarea contestaţiei se observă că SC ..... SRL s-a limitat la a reţine doar aplicarea motivului de excludere prevăzut de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, fără a face aplicarea efectivă a prevederilor art. 184 alin. (1)-(3) din această lege.

Mai mult decât atât, intervenientul precizează că situaţiile menţionate în cuprinsul contestaţiei nu pot fi considerate ca având un caracter repetitiv sau grav, întrucât pe de o parte alte contracte de servicii au fost atribuite acestei companii, iar pe de altă parte alte contracte au

fost finalizate la termen, neafectând sub nicio formă proiectele de dezvoltare ale altor autorităţi contractante.

Intervenientul solicită Consiliului să constate şi să observe, într-un mod obiectiv, faptul că situaţiile aferente celor 3 contracte de servicii nu se datorează unei încălcări în mod grav sau repetat a obligaţiilor principale ce reveneau asociatului SC ... SRL, ci unor situaţii care necesită o lămurire a lor, atât în faţa instanţelor competente, cât şi pe cale amiabilă.

În opinia intervenientului, simpla existenţă a documentelor constatatoare nu este de natură să schimbe concluzia că asociatul SC ... SRL nu se încadrează în situaţia prevăzută de art. 180 lit. g) din Legea nr. 99/2016, deoarece nicăieri în lege nu se menţionează că certificatul constatator poate face dovada deplină a neîndeplinirii obligaţiilor contractuale. De altfel, nici nu ar putea fi aşa din moment ce asupra legalităţii certificatului constatator nu se poate pronunţa decât o instanţă judecătorească, printr-o hotărâre definitivă.

De altfel, prevederile art. 161 alin. (8) din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru din Legea nr. 99/2016, confirmă faptul că simpla existenţă a unui Document Constatator (nici primar, nici măcar final) nu poate atrage excluderea automată de la procedura de atribuire a unui ofertant, ci pentru o astfel de excludere este necesară îndeplinirea condiţiilor prevăzute de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea 99/2016, pe care entitatea contractantă este obligată să le verifice. Astfel, contestatorul nu este în măsură să verifice îndeplinirea de către SC ... SRL a condiţiilor prevăzute de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016 si nici să se substituie comisiei de evaluare, SC ..... SRL a avut calitatea de ofertant în această procedură, nu de comisie de evaluare.

Intervenientul consideră că asociatul SC ... SRL este îndreptăţit să participe la prezenta procedură de atribuire în temeiul art. 184 alin. (1) - (3) din Legea nr. 99/2016, din următoarele motive:

- a acoperit orice eventual prejudiciu;
- a efectuat toate demersurile legale în vederea suspendării efectelor Certificatului Constator, demersuri aflate în curs de soluţionare;
- a îndeplinit în mod exemplar numeroase contracte;
- a prezentat în faţa autorităţii contractante dovezi care să clarifice caracterul artificial, abuziv şi discreţionar al Documentelor Constatatoare emise.

Toate aceste argumente demonstrează că asociatul SC ... SRL îndeplineşte condiţiile pentru a participa la prezenta procedură de atribuire.

Intervenientul arată că în textul din Legea nr. 99/2016, există obligaţia verificării îndeplinirii cumulative a celor trei condiţii ale art. 180 lit. g) din acelaşi act normativ: încălcarea gravă sau repetată a obligaţiilor principale, încălcarea obligaţiilor principale să fi intervenit în derularea uneia dintre următoarele tipuri de contracte încheiate anterior: contract de achiziţii publice, contract sectorial, contract de concesiune încheiate anterior şi încălcarea gravă sau repetată a obligaţiilor principale să fi condus la una din următoarele consecinţe (sancţiuni): încetarea anticipată

a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancţiuni comparabile.

Din analiza textului legal mai sus amintit, reiese faptul că, îndeplinirea celor trei condiţii cumulative din textul legal invocat este imperativă iar comisia de evaluare are obligaţia de a verifica îndeplinirea tuturor condiţiilor, pentru ca ulterior să ia o decizie.

În cazul de faţă, intervenientul trage concluzia că în urma verificărilor comisia de evaluare a decis neexcluderea asocierii sale constatând că nu sunt îndeplinite condiţiile impuse de textul legal.

Intervenientul solicită Consiliului să constate că, în fapt, pentru soluţionarea cauzei, în discuţie este măsura în care existenţa certificatelor este sau nu suficientă pentru respingerea unei oferte, precum şi măsura în care dovezile aduse de către asociatul SC ... SRL sunt de natură a dovedi faptul că nu sunt îndeplinite cerinţele impuse de legiuitor la art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016. În soluţionarea cauzei, intervenientul consideră relevante şi dispoziţiile art. 184 alin. (1), (2) şi (3) din Legea nr. 99/2016.

Prin urmare, intervenientul solicită Consiliului să constate că entitatea contractantă în mod corect a apreciat că asociatului SC ... SRL nu îi sunt aplicabile motivele de excludere statuate la 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.

Intervenientul solicită Consiliului să aibă în vedere dispoziţiile 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.

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

Intervenientul precizează că din întregul material probator aflat la dosarul cauzei, nu se poate trage concluzia că cele două condiţii mai sus amintite sunt îndeplinite în cazul asociatului SC ... SRL.

Având în vedere toate acestea, intervenientul solicită Consiliului să reţină 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 şi-ar fi îndeplinit obligaţiile contractuale într-un contract, cu atât mai mult cu cât este posibil să existe o culpă comună a achizitoarei şi prestatorului. Astfel, această apreciere lăsată la latitudinea achizitoarei nu trebuie interpretată ca fiind echivalentă cu un drept discreţionar ce poate fi exercitat în orice condiţii, sau că existenţa documentului constatator, conduce, de drept, la respingerea ofertantului.

Intervenientul arată că în acest sens s-a pronunţat şi Curtea de Apel Oradea - Secţia a II-a Contencios, Adminsitrativ şi Fiscal prin Decizia nr. ... din 27.09.2016, în dosarul nr. ... şi Decizia nr. ..., în dosarul ..., fiind statuate următoarele:

"*Curtea reţine că nu este suficient că fapta ofertantului de a nu îşi fi îndeplinit obligaţiile contractuale sau de a le fi îndeplinit necorespunzător*

să fi produs beneficiarului un prejudiciu, ci că acest prejudiciu să fie grav. În mod corect a reţinut Consiliul că autoritatea contractantă nu a solicitat CNADNR să-i comunice dacă a apreciat că în derularea contractelor cu pricina, SC Diferit i-a pricinuit un grav prejudiciu, desi ar fi trebuit să o facă, aceasta fiind singura în măsură să aprecieze dacă prejudiciul suferit, generat de ofertanta SC Diferit, 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 jurisprudenta 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 să poată fi considerată una corectă".

Chiar dacă aceste decizii au fost pronunţate în cadrul delimitat de OUG nr. 34/2006, intervenientul solicită Consiliului să reţină că instanţa de apel a statuat în sensul că simpla existenţă a documentului constatator nu dă dreptul achizitoarei de excludere a ofertei din procedură, cu atât mai mult cu cât noua legislaţie impune noi repere în ceea ce priveşte cele două condiţii cumulative ce trebuie îndeplinite pentru a fi permisă o astfel de măsură.

Nefiind demonstrată îndeplinirea condiţiilor la care face referire art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, intervenientul consideră că oferta depusă de către asociere sa nu putea fi exclusă.

II. Intervenientul arată că ...tea contestatoare susţine că ..., având calitate de acţionar al ..., nu a luat măsuri pentru a identifica şi remedia situaţiile de conflict de interese, în scopul de a evita denaturarea concurenţei şi asigurării unui tratament egal pentru toţi operatorii economici.

Intervenientul precizează că această afirmaţie nu corespunde realităţii. Printre persoanele implicate în desfăşurarea procedurii de atribuire şi printre cele care ar fi putut, prin poziţia deţinută, să influenţeze rezultatul acesteia în mod direct sau indirect, nu se află niciuna care să aibă un interes financiar, economic sau alt interes personal de natură să poată fi perceput ca element care ar compromite imparţialitatea sau independenţa acestora.

Entitatea contractantă a luat măsuri de evitare a oricărui conflict de interese prin neimplicarea în procedură a vreunei persoane susceptibile de a îndeplini condiţiile ori de a se afla în conflict de interese.

Pe de altă parte, intervenientul arată că rezultatul final al procedurii a fost stabilit în urma unei licitaţii electronice în cadrul căreia clasamentul a fost stabilit de către SEAP în mod automat, fără intervenţie umană, care nu era posibilă în aceste condiţii. Deci, în situaţia în care ar fi fost implicată în procedură o persoană care să dorească să influenţeze rezultatul final, nu ar fi avut o astfel de posibilitate. Rezultatul final este unul obiectiv şi nu poate fi negat sau înlăturat.

Intervenientul precizează că ...tea contestatoare nu a putut să indice vreo persoană care se afla pentru astfel de situaţii si să indice în mod concret în ce mod ar fi fost încălcat un drept al său ori într-un interes legitim cadrul acestei proceduri.

III. Intervenientul arată că ...tea contestatoare consideră că oferta desemnată câstigătoare nu îndeplineşte cerinţele de la Cap. III.2.1.a) din fisa de date a achiziţiei, respectiv cele care menţionează: *„Documentele doveditoare a informaţiilor asumate prin completarea DUAE urmează a fi prezentate, la solicitarea entităţii contractante, în faza de analiză a documentelor suport DUAE la solicitarea entităţii contractante, în conformitate cu prevederile art. 205 din Legea nr. 99/2016*", criticile contestatorului fiind în sensul că unul dintre asociaţi si subcontractanţi nu a depus certificatele de atestare fiscală actualizate la momentul solicitării de către entitatea contractantă.

Sub acest aspect, intervenientul menţionează că asocierea sa a îndeplinit, la momentul depunerii ofertelor, obligaţiile prevăzute la pct. III.2.1.a) Situaţia personală a candidatului sau ofertantului din fisa de date, respectiv a depus certificate de atestare fiscală din care rezultă că: "nu sunt datorii restante la momentul prezentării ofertelor".

Intervenientul arată că ...tea contestatoare se raportează la data de 07.08....., moment pe care îl asociază cu finalizarea evaluării ofertelor si faţă de care consideră că ar fi trebuit să existe depuse certificate fiscale care să ateste lipsa datoriilor la data de 31.07.....

În opinia intervenientului, acest argument nu poate fi reţinut întrucât la momentul la care entitatea contractantă i-a solicitat documentele DUAE, atât asociatul ... SRL, cât si subscontractantul ... ... SRL au depus certificatele fiscale aflate în perioada de valabilitate (de 30 de zile), astfel:

- Asociatul ... a depus certificatul fiscal ANAF nr....., (Anexa nr. 8) eliberat la 23.07..... si este valabil pentru 30 de zile de la eliberare;
- Subcontractantul ... ... SRL a depus certificatul fiscal ANAF nr. 61133/16.07....., (Anexa nr. 9) eliberat la 18.07..... si este valabil pentru 30 de zile de la eliberare.

Aşadar, intervenientul solicită Consiliului să observe că atât entitatea contractantă, cât si asocierea sa, a respectat pe deplin prevederile art. 205 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 respectiv:

În cadrul procedurii au fost depuse certificate fiscale actualizate, aflate în termen de valabilitate. Autorităţile fiscale nu eliberează certificate care să ateste situaţia unui agent economic la interval mai scurte de 30 de zile. În raport cu data la care a fost eliberat certificatul fiscal atestă situaţia creanţelor fiscale la sfârşitul ultimei luni fiscale încheiate. Din acest motiv certificatele depuse pentru un membru al asocierii şi un subcontractant certifică situaţia creanţelor fiscale la luna a şasea, urmând ca un nou

certificat fiscal să fie eliberat în termenul legal, care însă este ulterior datei la care trebuiau depuse la entitatea contractantă. Dar în situaţia în care comisia a considerat suficientă depunerea certificatelor fiscale la luna respectivă, iar legea nu conţine vreo prevedere contrară, nu mai este necesară vreo altă clarificare. În situaţia în care ar fi considerat necesar comisia ar fi acordat un nou termen pentru obţinerea unor certificate fiscale noi, care să ateste datoriile la data de 31.07..... Însă nu există o astfel de obligaţie legală. Este suficient ca documentele fiscale să se afle în termen de valabilitate, dacă ele atestă la data de 07.08..... absenţa datoriilor la 30.06....., deoarece, la data eliberării certificatului luna fiscală anterioară nu era încheiată. Ciclicitatea eliberării certificatelor fiscale crează astfel de situaţii. Dacă un agent economic a solicitat si a primit un certificat fiscal la o anumită dată, în următoarele 30 de zile nu mai primeşte un altul nou.

IV. În ceea ce priveste susţinerea contestatorului că oferta desemnată câstigătoare nu a îndeplinit cerinţele de la Cap. III.2.3.a) din fişa de date a achiziţiei, deoarece nu ar fi prezentat nişte copii ale unor contracte, intervenientul arată că fişa de date conţine următoarele precizări:

"*Documentele prin care operatorii economici pot îndeplini cerinţa privind experienţa similară sunt următoarele, fără a se limita la, enumerarea nefiind cumulativă:*

- copii ale unor părţi relevante ale contractelor pe care le-au îndeplinit;

- certificate de predare-primire;

- recomandări;

- procese-verbale de recepţie;

- certificări de bună execuţie;

- certificate constatatoare".

Intervenientul precizează că din conţinutul fişei de date rezultă că pentru a proba experienţa similară nu era necesar ca ofertantul să prezinte neapărat copii ale contractelor, fiind posibilă prezentarea altor documente, care fac parte dintr-o gamă foarte diversă, enumerarea din fişa de date nefiind una limitativă. Astfel, intervenientul mneţionează că facturile fac proba valorii serviciilor dacă sunt confirmate. Ele arată clar suma plătită de către beneficiar prestatorului, dar şi cantitatea de prestaţii. Faţă de ele nu se poate ridica niciun dubiu. Oricum, intervenientul precizează că a depus copii ale contractelor, însoţite de facturile aferente, iar informaţia furnizată de contestator este eronată.

De aseamenea, intervenientul precizează că susţinerea contestatorului devine ridicolă în contextul în care experienţa similară cumulată a asociaţilor depăşeşte cu mult valoarea solicitată, iar printre contractele cu care este probată se numără cel care a avut ca obiect prestarea în anii anteriori a serviciilor care fac obiectul prezentei proceduri. Adică, în viziunea contestatorului, ar fi trebui ca ... să ajungă la concluzia că operatorul economic care a prestat serviciile în anii precedenţi nu are suficientă experienţă similară pentru a le presta în anii următori.

V. În ceea ce priveste susţinerea contestatorului că oferta desemnată câstigătoare nu îndeplineşte cerinţele caietului de sarcini privind

personalul, intervenientul arată că în caietul de sarcini s-a solicitat:

„..... Pe durata de valabilitate a contractului va asigura un personal de min. 200 persoane - repartizat pe obiective /terminale astfel:

- terminal plecări (existent şi extindere, corp AB4): 19 agenţi/tură, total 76 agenţi;

- terminal sosiri - 10 agenţi /tură, total 40 agenţi;

- finger (existent şi extindere): 14 agenţi /tură, total 56 agenţi;

- clădire corp logistic - 4 agenţi /tură, total 8 agenţi (program 12/36 ore);

- salon Oficial -1 agent/tură, total 4 agenţi;

- REAB, Hală Echipamente, Depozit Carburanţi -1 agent/tură, total 4 agenţi;

- parcare publică sosiri (case scări, lifturi) - 1 agent/tură, total 4 agenţi;

- cabine ecologice mobile, posturi de control şi acces, cabine dispecerate - 1 agent/tură, total 4 agenţi;

- responsabili cu activitatea de salubrizare şi colectare selectivă, verificarea pe teren a modului de colectare, starea recipientelor, evacuarea în mod selectiv a deşeurilor, starea de curăţenie a platformelor, etc. -1 agent/tură, total 4 agenţi;

- personal propriu sau contractat pentru activităţi de lucru la înălţime/suprafeţe înalte cu aptitudini specifice, cu atestat si autorizare de Alpinist Utilitar.

.....

8. Alte cerinţe

Prestatorul va face dovada că:

- agenţii de curăţenie au absolvit studii generale de minim 8 clase absolvite;

- şefii de tură vor avea minim 10 clase absolvite;

- supervisori vor avea minim 12 clase absolvite cu diplomă de bacalaureat;

- şeful de sector va avea studii superioare în domeniul tehnic/economic/marketing/mentenanţă.

Pentru buna desfăsurare a activităţii si pentru o comunicare rapidă şi eficientă, Şefii de tură, personalul de supervisare şi şeful de sector vor deţine telefoane mobile de serviciu.

Aceştia se vor prezenta la solicitarea reprezentantului beneficiarului în orice zonă/locaţie pentru diverse situaţii/ aspecte/ probleme/ neconformităţi/ reclamaţii pentru stabilirea cauzelor/soluţiilor/modalităţilor de eliminare, etc. precum şi la discuţii, şedinţe, întâlniri legate de obiectul de activitate.....”

Intervenientul susţine că a demonstrat îndeplinirea acestor cerinţe, iar alte cifre, la care face referire contestatorul, nu apar în caietul de sarcini, calculele făcute de acesta nu au nicio relevanţă.

Pentru aceste motive, intervenientul solicită respingerea contestaţiei formulată de către SC ..... ca nefondată.

Prin adresa nr. 660/20.09..... înregistrată la Consiliu sub nr. 38448/20.09....., contestatorul formulează concluzii scrise în urma studierii dosarului transmis de entitatea contractantă la CNSC.

I. În ceea ce privește critica sa potrivit căreia oferta asocierii ... intră sub incidența prevederilor art. 180 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 99/2016 motiv pentru care trebuia să fie exclusă din procedură, contestatorul arată că prin cererea de intervenție formulată, asocierea ... precizează faptul că alin. (1) al art. 180 din Legea nr. 99/2016 ar trebui coroborat cu alin. (6) al aceluiași articol potrivit căruia, "*În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. g), se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea obligațiilor privind livrarea produselor sau serviciilor, ori neexecutarea lucrărilor, livrarea unor produse sau servicii care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației avute în vedere de entitatea contractantă, ori executarea unor lucrări care nu respectă cerințele caietului de sarcini, sau un comportament necorespunzător care creează îndoieli serioase cu privire la credibilitatea operatorului economic*".

Concluzia la care a ajuns intervenientul este în sensul că, *"(...) în raport de aceste dispoziții legale considerăm că entitatea contractantă a procedat în mod legal atunci când a luat decizia că oferta prezentată de Asocierea noastră nu trebuia respinsă, întrucât documentele constatatoare analizate nu prezintă condițiile obligatorii cerute de dispozițiile legale mai sus citate (...)".*

Astfel, contestatorul precizează că intervenientul consideră nefondate criticile sale, deoarece din documentele constatatoare indicate în cuprinsul contestației nu ar rezulta încălcarea de către ... SRL a obligațiilor contractuale în mod repetat și grav.

Contestatorul solicită Consiliului să observe că aceste susțineri sunt vădit nefondate în condițiile în care, din cuprinsul documentelor constatatoare, rezultă tocmai încălcarea repetată a obligațiilor contractuale și, în mod evident, gravitatea acestora, cu atât mai mult cu cât este vorba de servicii prestate în școli.

Astfel, în documentul constatator nr. 8331/13.08....., emis de Consiliul Județean Galați, se arată în mod explicit următoarele:

- merele distribuite nu sunt spălate/curate astfel încât să poată fi consumate imediat de copii, iar modul de ambalare nu prezintă siguranța igienico-sanitară;
- merele sunt livrate instituțiilor școlare deja stricate, mucegăite cu materii străine vizibile cu ochiul liber, atacate fie de boli sau dăunători, având un miros înțepător, ceea ce ne conduce la concluzia că, sunt pe cale de a intra în fermentație sau chiar putrefacție;
- Nu au fost respectate termenele contractuale;
- ...tea ... S.R.L a fost sancționată cu amenda contravențională în cuantum de 10.000 LEI.

În documentul constatator nr. 7450/04.07.2017, emis de Consiliul Județean Ialomița, se menționează următoarele:

- Au fost constatate abateri de la calitatea produselor;

- În anumite școli nu au fost livrate merele pentru luna martie 2017, precizate în minuta nr. 12/07.06.2017, procedându-se la livrarea merelor la finalul lunii mai 2017;
- Fructele au fost distribuite în mijloace de transport neadecvate și în ambalaje neconforme care nu corespund prevederilor Caietului de sarcini.

În opinia contestatorului, este absurdă susținerea intervenientului conform căreia abaterile nu sunt grave și repetate, în condițiile în care gravitatea derivă din modul defectuos în care au fost prestate serviciile către o instituție de învățământ, fiind livrate copiilor mere în stare de putrefacție, iar caracterul repetitiv este evident.

Fără a mai relua concluziile din celelalte documente constatatoare, contestatorul solicită Consiliului să observe că în fiecare din acestea se arată modul defectuos în care au fost prestate serviciile.

În ceea ce privește documentul constatator nr. C72 din data de 16.12.2016 emis de ... S.A., contestatorul solicită Consiliului să observe că se încearcă minimizarea gravității prejudiciului înregistrat de autoritatea contractantă.

În fapt, prejudiciul înregistrat de autoritatea contractantă este foarte mare, prejudiciul constatat fiind în cuantum de 156.000 lei.

Astfel, contrar susținerilor intervenientului, nu este vorba de *„simpla existența a documentelor constatatoare",* ci de documente din care rezultă abateri grave, repetate în timp, cu aplicarea de sancțiuni.

De asemenea, contestatorul solicită Consiliului să aibă în vedere că nu a fost emis doar un document constatator, ci sunt mai multe documente care atestă prestarea defectuoasă a obligațiilor contractuale.

Mai mult, elementul de gravitate, rezultă cu evidență din faptul că serviciile se adresau unor copii, sănătatea acestora fiind pusă în pericol de către prestator.

În plus, față de practica invocată prin contestația formulată, contestatorul face trimitere și la decizia nr....., pronunțată de Curtea de Apel ....., prin care s-au reținut următoarele:

„În ceea ce privește interpretarea dispozițiilor art. 167 alin. 1 lit. g și alin 8 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, instanța reține că CNSC a aplicat greșit dispozițiile legale la situația de fapt ce rezultă din înscrisurile existente la dosarul achiziției.

Curtea reține că <u>norma legală menționată reglementează o interdicție legală expresă</u> de a încheia în mod valabil contractul de achiziție publică cu un operator economic care „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".

Această interdicție legală este o excepție de la principiul libertății contractuale. Potrivit art. 1180 C.civ., „poate contracta orice persoană care nu este declarată incapabilă de lege și nici oprită să încheie anumite contracte", iar art. 1652 C.civ. dispune că „pot cumpără sau vinde toți cei cărora nu le este interzis prin lege". În baza dispoziției legale menționate,

din sfera persoanelor juridice cu care ar putea încheia contractul de achiziție publică, autoritatea contractantă este obligată să le excludă pe acelea care se încadrează în interdicția legală și care nu pot furniza dovezi care să arate că masurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere. Cu aceste limitări, dispozițiile legale analizate sunt de ordine publică, nefiind aplicabil principiul disponibilității, întrucât rațiunea legii este de a evita producerea unor prejudicii autorității contractante prin neexecutarea sau executarea necorespunzătoare a contractului. Condițiile pentru a opera excluderea sunt următoarele:

a) *operatorul economic să-și fi încălcat obligațiile principale în mod grav sau repetat;*

b) *în varianta încălcărilor grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, sunt indicate de legiuitor: neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract;*

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

În toate cele trei condiții, se observă exprimarea neexhaustivă (conjuncția alternativă „sau" ori expresia adverbială „cu titlu exemplificativ").

(...)

Așadar, intimata nu poate susține că documentul constatator nu atestă existența unui prejudiciu, în condițiile în care autoritatea contractantă GJ Teleorman a menționat, textual, în cuprinsul actului că prejudiciul constă în nefurnizarea echipamentelor prezentate. Împrejurarea că în documentul constatator nu este cuantificat prejudiciul prin indicarea unei valori nominale nu înseamnă că prejudiciul nu a existat.

(...)

Totodată, ajungerea contractului la termen nu este suficientă pentru a nu fi aplicată sancțiunea excluderii. Trebuie subliniat că domeniul achizițiilor publice este strict reglementat din rațiuni de interes public, iar o eventuală încetare anticipată a contractului obligă autoritatea contractantă să demareze o nouă procedură competitivă, variantă ce se poate dovedi extrem de păgubitoare, atât din perspectiva timpului pierdut, cât și din perspectiva resurselor alocate unei noi proceduri, astfel că nu poate fi neglijată o tendință firească de a încerca finalizarea contractului chiar și pe fondul unor încălcări ale obligațiilor principale de către prestator, alegând aplicarea unor sancțiuni convenționale alternative. Prin urmare, nu poate fi acceptată susținerea Consiliului și a intimatei conform căreia simplul fapt că nu a avut loc încetarea anticipată a contractului este dovada neîncadrării în motivul de excludere, susținere ce a fost întărită, din nou, de un act adițional inexistent.

(...)

Cu privire la argumentul intimatei în sensul că neexecutarea contractului nr. 155/15.10.2015 nu a produs un prejudiciu autorității contractante ..., se impune, suplimentar celor reținute în precedent,

observația că principiul forței obligatorii a contractului se bazează pe reciprocitatea și interdependența obligațiilor asumate de părți. Altfel spus, cauza asumării obligației prin încheierea contractului de către o parte este reprezentată de executarea obligației corelative a cocontractantului. Așadar, încălcarea obligațiilor contractuale prin executarea parțială și cu întârziere a contractului nu poate, în niciun caz, să fie considerată că este lipsită de prejudicii pentru autoritatea contractantă. (...)"

Astfel, din cuprinsul acestei decizii rezultă cu evidență că încălcarea obligaţiilor contractuale prin executarea parțială și cu întârziere a contractului reprezintă un prejudiciu pentru autoritatea contractantă.

Prin urmare, contestatorul consideră că, în speță, sunt îndeplinite fără putință de tăgadă, condițiile prevăzute de legiuitor la art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016.

Mai mult, având în vedere că ofertantul ... SRL a ascuns cu bună știință această situație și a declarat eronat în DUAE, contestatorul apreciază că asocierea ... trebuia exclusă din procedura de atribuire și în baza art. 180 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 99/2016.

II. În ceea ce privește critica sa potrivit căreia entitatea contractantă ..... are calitatea de acționar al S.A. fiind astfel în conflict de interese

Cu privire la aceste critici, contestatorul arată faptul că entitatea contractantă nu a făcut dovada îndeplinirii obligațiilor prevăzute la art. 71 din Legea nr. 99/2016 „*Pe parcursul aplicării procedurii de atribuire,* entitatea contractanta are obligația *de a lua toate măsurile necesare pentru a preveni, identifica și remedia situațiile de conflict de interese, în scopul evitării denaturării concurenței și al asigurării tratamentului egal pentru toți operatorii economici*".

Contestatorul solicită Consiliului să observe că entitatea contractantă nu a întreprins niciun demers pentru a verifica acest motiv de conflict de interese în condițiile în care, potrivit dispozițiilor legale entitatea contractanta are obligația de a lua toate măsurile necesare pentru a identifica situațiile de conflict de interese.

Contestatorul precizează că din cuprinsul dosarului achiziției nu rezultă că entitatea contractantă a luat vreo măsură în etapa de evaluare a ofertelor în vederea identificării vreunei situații de conflict de interese deși din certificatul constatator al ... SA rezultă că entitatea contractantă are calitatea de acționar.

III. În ceea ce privește critica sa potrivit căreia ofertantul asocierea ... nu îndeplinește cerințele Cap. III.2.1.a) din fișa de date a achiziției, contestatorul consideră că asocierea ... nu a îndeplinit cerințele din fișa de date a achiziției, în condițiile în care nu a prezentat certificate actualizate, așa cum prevăd dispozițiile art. 205 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

Contestatorul precizează că din documentele prezentate de asocierea ... rezultă faptul că asociatul ... SRL si subcontractantul ... ... SRL au depus certificatele fiscale care atestă lipsa datoriilor la data de 30.06.....

Prin urmare, contestatorul consideră că entitatea contractantă avea obligația de a respinge oferta pentru nedepunerea documentelor solicitate prin documentația de atribuire, actualizate.

Contestatorul solicită Consiliului să observe că asociatul ..... SA și subcontractantul ... SRL au depus certificate fiscale ce atestă lipsa datoriilor la data de 31.07.....

IV. În ceea ce privește critica sa potrivit căreia ofertantul asocierea ... nu îndeplinește cerințele Cap. III.2.3.a) din fișa de date a achiziției, contestatorul arată că prin cererea de intervenție formulată, asocierea ... precizează faptul că nu era obligatorie depunerea actului adițional nr. 260/29.07.2011 în condițiile în care*, „(...) pentru a proba experiența similară nu era necesar ca ofertantul să prezinte neapărat copii ale contractelor, fiind posibilă prezentarea altor documente (...)".*

Contestatorul nu contestă susținerea intervenientului, însă solicită Consiliului să observe că aceasta nu a depus niciun alt document care să confirme informațiile din cuprinsul facturilor.

Astfel, contestatorul precizează că fără verificarea actului care a generat emiterea facturii nu se poate verifica natura serviciilor pentru care s-au emis facturile sau perioada în care acestea au fost prestate.

Prin urmare, contestatorul consideră că entitatea contractantă nu putea accepta facturile prezentate de ofertant fără a fi în posesia actului adițional la care se face trimitere în cuprinsul acestora sau a altor documente care să probeze informațiile din cuprinsul facturilor.

V. În ceea ce privește critica sa potrivit căreia ofertantul asocierea ... nu îndeplinește cerințele caietului de sarcini privind personalul, contestatorul arată că prin cererea de intervenție formulată, asocierea ... precizează faptul că *„(...) cifrele la care face trimitere contestatarul nu apar în Caietul de sarcini. Calculele făcute de acesta nu au nicio relevanță*".

Contrar susținerilor intervenientului și ale entității contractante care se raportează la numărul total de personal, contestatorul arată faptul că cifrele menționate în contestație derivă din chiar declarațiile date de asociere privind implicarea fiecărui asociat în prestarea serviciilor.

Astfel, ... SRL, conform propriilor declarații, va pune la dispoziție 24 agenți.

Raportat la procentul de participare în asociere - 19%, numărul de agenți pe care asociatul ar fi trebuit să-l pună la dispoziție este de 42 agenți.

... ... SRL, conform propriilor declarații, va pune la dispoziție 51 agenți.

Raportat la procentul de participare în asociere - 25%, numărul de agenți pe care asociatul ar fi trebuit să-l pună la dispoziție este de 55 agenți.

..., conform propriilor declarații, va pune la dispoziție 44 agenți.

Raportat la procentul de participare în asociere - 30%, numărul de agenți pe care asociatul ar fi trebuit să-l pună la dispoziție este de 66 agenţi.

Astfel, este logic că prin raportare la procentele declarate de asociați, aceștia nu dețin personalul necesar pentru prestarea serviciilor.

În opinia contestatorului, raționamentul dezvoltat de entitatea contractantă care se raportează doar la numărul total de personal este vădit eronat, în condițiile în care trebuie verificat dacă fiecare asociat este

capabil să presteze serviciile raportat la procentul de implicare în contract declarat în ofertă.

Contestatorul precizează că există un risc ridicat ca activitățile desfășurate să nu respecte cerințele solicitate prin caietul de sarcini și reglementările legale. De asemenea, există premisa ca, în cazul prestării necorespunzătoare a serviciilor, entitatea contractantă să fie nevoită să rezilieze contractul de achiziție, fapt care ar conduce la încălcarea principiului eficienței utilizării fondurilor publice.

În concluzie, față de considerentele anterior învederate, contestatorul solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Prin adresa nr. 5628/25.09..... înregistrată la Consiliu sub nr. 39095/25.09....., intervenientul formulează note scrise la concluziile scrise depuse de contestator înregistrate cu nr. 660/20.09.....

Răspuns la pct. I din concluziile scrise prezentate de SC ..... SRL

Intervenientul precizează că din parcurgerea argumentelor prezentate de către contestator la pct. I în concluziile scrise se observă că acesta consideră, în mod neîntemeiat, că orice document constatator negativ ar trebui să conducă la excluderea automată a unui operator economic. Or, din interpretarea dispozițiilor art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea 99/2016 se deduce că legiuitorul a condiționat posibilitatea de excludere următoarelor situații îndeplinite cumulativ:

- operatorul și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale dintr-un contract de achiziție;
- și aceste încălcări au dus la: încetarea anticipată/plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Astfel, intervenientul menționează că, în speță, niciunul dintre documentele constatatoare la care se face referire nu demonstrează îndeplinirea acestor condiții cumulative și în concluzie nu poate constitui temei pentru excluderea sa din procedură.

De asemenea, intervenientul menționează că aprecierile contestatorului referitoare la documentele constatatoare emise de către CJ Galați și CJ Ialomița sunt subiective și nefondate, făcându-se speculație de faptul că obiectul contractului a fost livrarea de mere la școală.

Așa cum a prezentat și în cererea de intervenție, intervenientul precizează că în executarea acestor contracte în care s-au livrat mere, au intervenit inerente neconformități având în vedere și perisabilitatea acestui produs; aceste neconformități s-au situat la nivelul de 1%, 2 %-max.10% din cantitatea total livrată (conform procesului verbal de contravenție) și la această situație a contribuit și beneficiarul care nu a avut condiții corespunzătoare de depozitare.

Faptul că CJ Galați nu a reziliat contractul și nici nu a emis pretenții financiare demonstrează faptul că neconformitățile au fost accidentale și minore. Mai mult, intervenientul învederează faptul că documentul constatator a fost emis cu încălcarea flagrantă a termenului legal, la peste 1 an de la încetarea contractului, fapt ce demonstrează lipsa vreunui prejudiciu suferit de către CJ Galați.

De asemenea, în privința documentului constatator emis de ... SA, intervenientul consideră că este mai ales relevant faptul că s-a emis o

recomandare care a atestat îndeplinirea obligațiilor din contract. Suma de 156.000 lei nu a fost considerată un prejudiciu, ci reprezintă penalități de 2,55% din valoarea contractului subsecvent, valoare care nu a fost considerată nicicum un prejudiciu grav adus autorității ... SA.

Astfel, în opinia intervenientului, documentul constatator emis de SC ... S.A., cu nr. C72/16.12.2016 (Anexa 1) nu poate constitui motiv de excludere, întrucât:

- documentul arată la pct. 8, lit. f) că nu a intervenit rezilierea contractului; dimpotrivă, documentul arată, la pct.6 - Informații, că încetarea contractului a avut loc la termen, adică la data de 30.11.2016;
- în document, la pct. 8, lit. a), se arată că au existat abateri de la calitatea serviciilor, dar nu și faptul că nu și-ar fi îndeplinit total/parțial serviciile; astfel, nu se poate reține că au existat încălcări grave ale obligațiilor principale, așa cum se înțelege din accepțiunea termenului "grav" conform alin. 5, mai sus prezentat;
- documentul arată la pct. 9 că: *,"s-au aplicat penalități în valoare de 156.000 lei pentru deficiente constatate în prestarea serviciilor".*

În concluzie, raportat la dispozițiile legale invocate, intervenientul precizează că acest document constatator nu poate constitui temei pentru aplicarea dispozițiilor art. 181 alin. (1) lit. g) din Legea 99/2016, respectiv pentru a-i fi exclusă oferta din procedura desfășurată de către entitatea contractantă.

În ceea ce privește documentul constatator nr. 8331/13.08..... emis de către CJ Galați, intervenientul menționează că concluziile sunt similare întrucât nici în prevederile acestuia nu se regăsesc cumulativ cerințele strict prevăzute de lege pentru care o ofertă poate fi exclusă dintr-o procedură, neexistând abateri grave care să fi condus la reziliere și neexistând vreun prejudiciu imputat societății sale.

Mai mult, așa cum a precizat și în cererea de intervenție, intervenientul menționează că acest document, emis la peste 12 luni de la data încetării contractului subsecvent în temeiul căruia a fost emis, respectiv la data de 13.08..... (contractul fiind încetat la 16.06.2017), pe fond, prezintă informațiile că: nu a intervenit rezilierea contractului și că nu există prejudicii.

Referitor la documentele constatatoare nr. 7448,7449,7450/2017 emise de către CJ Ialomița, în opinia intervenientului, pe fond, aceste documente constatatoare nu pot fi motiv de excludere din procedura în cauză, întrucât nici acestea nu se subscriu ipotezei legale din prevederea art. 180 alin. (1) lit. g) și anume: nu fac referire la încălcări grave ale contractelor care să fi condus la rezilierea acestora sau la solicitarea de daune.

Astfel, intervenientul precizează că din cuprinsul documentelor constatatoare cu nr. 7448, 7449 și 7450/04.07.2017 rezultă doar abateri minore care nu s-au soldat cu rezilierea contractelor sau cu imputarea vreunui prejudiciu.

Așadar, intervenientul consideră întemeiate aceleași concluzii: documentele constatatoare, emise de către CJ Ialomița și pentru care există în desfășurare procedurile legale de contestare, nu pot fi motiv de excludere în interpretarea art. 180, alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016,

întrucât nu îndeplinesc condițiile imperative impuse de legiuitor și anume să facă dovada săvârșirii unor abateri grave care să fi condus la rezilierea contractelor, plata de prejudicii sau daune-interese către autoritatea contractantă.

Nefiind îndeplinite condițiile prevăzute de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, intervenientul precizează că nu avea obligația să indice în DUAE existența acestor documente constatatoare.

Astfel, intervenientul arată că în DUAE se solicită expres ca operatorul să declare dacă: "*Operatorul economic s-a aflat într-o situație în care 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*".

Intervenientul precizează că din analiza efectuată rezultă fără dubiu că nu avea obligația să menționeze în cuprinsul DUAE despre existența acestor documente constatatoare, nefiind îndeplinite condițiile strict prevăzute de lege.

Cu privire la celelalte capete de cerere, intervenientul observă că în concluziile scrise nu au fost aduse argumente noi, ci doar s-au repetat cele anterioare, motiv pentru care nu consideră necesare alte comentarii.

Pentru aceste motive, intervenientul solicită respingerea contestației formulată de către SC ..... ca nefondată.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..... SA, în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura de licitaţie deschisă, online, cu faza finală de licitaţie electronică, pentru atribuirea contractului sectorial de servicii având ca obiect „...”, organizată pe loturi. În acest sens a elaborat documentaţia de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunţul de participare (sectoriale) nr. ...../15.12.2017, criteriul de atribuire stabilit fiind „preţul cel mai scăzut”.

Împotriva documentației de atribuire, ... S.A. a formulat contestația care a format obiectul dosarului nr....., soluționată prin decizia CNSC nr....., prin care:

- s-a admis, în parte, contestaţia formulată de către ..... S.A, în referire la solicitarea de ajustare a prețului contractului și de revizuire a valorii estimate a achiziției publice.
- s-a obligat.....” S.A. ca, în termen de cel mult 10 zile de la primirea deciziei, pentru considerentele din motivare, să procedeze la remedierea documentației de atribuire în referire la ajustarea prețului contractului și să procedeze la revizuirea modului de calcul a valorii estimate a prezentei proceduri de atribuire.

Împotriva anunțului de tip erată nr..... la anunțul de participare (sectoriale) nr. ...../15.12.2017, ... S.A. a formulat contestația care a format obiectul dosarului nr....., soluționată prin decizia CNSC nr....., prin care s-a respins ca nefondată contestația.

În procesul verbal al ședinței de deschidere/vizualizare a documentelor și ofertelor nr.43.1/10.05..... postat în SEAP, pentru lotul I, s-a consemnat depunerea a 3 oferte.

Împotriva comunicării rezultatului intermediar nr. 2771/18.07....., SC ... SRL, lider al asocierii ..., a formulat contestația care a format

obiectul dosarului nr. ...../....., soluționată prin decizia CNSC nr....., prin care s-a luat act de renunțare la contestație.

În raportul procedurii de atribuire - lot I, înregistrat sub nr. ...../....., s-a consemnat respingerea unei oferte, admisibilitatea celorlalte două printre care și a contestatorului, precum și desemnarea ofertei depuse de asocierea SC ..... SA - SC ... SRL ca fiind câștigătoarea procedurii, cu o propunere financiară de 8.889.997,69 euro fără TVA, sumă ce a fost rotunjită și corectată față de prețul licitat în etapa electronică.

Împotriva deciziei autorităţii contractante de a declara câstigătoare, pentru lotul I, oferta depusă de asocierea SC ..... SA - SC ... SRL, comunicată prin adresa nr. SACH ...../....., SC ..... SRL a formulat contestaţia care face obiectul dosarului nr. ...../.....

Preliminar analizării criticilor din cuprinsul contestației, Consiliul urmează să analizeze admisibilitatea de principiu a cererii de intervenție formulată de SC ..... SA.

Conform art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016,

„Până la soluţionarea contestaţiei de către Consiliu, operatorii economici interesaţi să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanţi la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenţie voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestaţiei. Cererea de intervenţie depusă la Consiliu va fi comunicată şi celorlalte părţi ale cauzei în termen de două zile de la primire. (...)”.

Potrivit Codului de procedură civilă, ale cărui prevederi completează dispoziţiile Legii nr. 101/2016, potrivit art. 68 din acest din urmă act normativ, oricine are interes poate interveni într-un proces care se judecă între părţile originare. Intervenţia este principală, când intervenientul pretinde pentru sine, în tot sau în parte, dreptul dedus judecăţii sau un drept strâns legat de acesta. Intervenţia este accesorie, când sprijină numai apărarea uneia dintre părţi. La art. 64 din cod se menţionează că instanţa trebuie să se pronunţe asupra admisibilităţii în principiu a intervenţiei.

Totodată acelaşi act normativ mai dispune că:

Art. 32. - (1) Orice cerere poate fi formulată şi susţinută numai dacă autorul acesteia:

a) are capacitate procesuală, în condiţiile legii;

b) are calitate procesuală;

c) formulează o pretenţie;

d) justifică un interes.

(2) Dispoziţiile alin. (1) se aplică, în mod corespunzător, şi în cazul apărărilor.

Art. 33. - Interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut şi actual.

În analiza cererii de intervenţie este necesară identificarea existenţei interesului determinat, legitim, personal, născut şi actual al autorului, de care depinde admiterea în principiu a cererii sale de intervenție.

Astfel, în soluţionare, Consiliul constată că SC ..... SA îşi justifică interesul invocând calitatea sa de ofertant câștigător al procedurii.

Analizând susținerile din cuprinsul cererii de intervenție prin prisma documentelor probatorii aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată că în raportul procedurii de atribuire - lot I, înregistrat sub nr. ...../....., s-a desemnat ca fiind câștigătoarea procedurii oferta depusă de asocierea SC ..... SA - SC ... SRL.

Astfel, Consiliul constată că interesul SC ..... SA, în formularea cererii de intervenție este născut şi actual, având în vedere că acesta, la momentul de față, este ofertant admisibil şi câştigător, urmând, pe cale de consecinţă, ca cererea sa să fie încuviinţată, în principiu.

Conform prevederilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul trebuie să se pronunțe mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond.

Având în vedere norma anterior invocată, Consiliul va proceda la soluționarea excepției respingerii contestației formulată de către SC ..... SRL în cazul nerespectării de către acesta a dispoziţiilor art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și a prevederilor Hotărârii de plen din data de 05.06..... a Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, invocată de entitatea contractantă.

În acest sens, Consiliul reține că SC ..... SRL a depus la dosarul cauzei recipisa de consemnare nr. ..., eliberată la data de 12.09....., de către CEC BANK – Sucursala Piața Alba Iulia, în cuantum de 220.000,00 lei, la dispoziția CNSC, reprezentând cauțiune dosar CNSC nr. ...../....., care îndeplinește condițiile prevăzute de legiuitor la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

În raport de cele mai sus reținute, Consiliul va proceda la respingerea excepției invocate de către entitatea contractantă.

În ceea ce privește fondul contestației depuse de SC ..... SRL, analizând susținerile părților, coroborate cu înscrisurile aflate la dosarul cauzei și având în vedere dispozițiile legale în materie, Consiliul urmează să o admită, pentru considerentele ce se vor arăta în continuare.

Referitor la susținerile contestatorului privind existența unui conflict de interese datorat faptului că entitatea contractantă ..... are calitatea de acţionar al ..., Consiliul reține următoarele:

Potrivit certificatului constatator nr.433752/10.08....., eliberat de Oficiul Național al Registrului Comerțului, ... SA este acţionar în cadrul ...SA, cota sa de participare la beneficii și pierderi fiind de 10%.

Contestatorul susține că tocmai calitatea de acționar a entității contractante în cadrul ... SA reprezintă situaţie potenţial generatoare de conflict de interese de natură să conducă la excluderea asocierii SC ..... SA - SC ... SRL(ofertant desemnat câștigător) din procedură.

Aceste susțineri vor fi analizate în raport de dispozițiile Legii nr. 99/2016, respectiv:

Art. 71. - Pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, entitatea contractantă are obligaţia de a lua toate măsurile necesare pentru a preveni, identifica şi remedia situaţiile de conflict de interese, în scopul

evitării denaturării concurenţei şi al asigurării tratamentului egal pentru toţi operatorii economici.

Art. 72. - *În sensul prezentei legi, prin **conflict de interese** se înţelege **orice situaţie în care personalul entităţii contractante** sau al unui furnizor de servicii de achiziţie care acţionează în numele entităţii contractante care sunt implicaţi în desfăşurarea procedurii de atribuire sau care pot influenţa rezultatul acesteia **au, în mod direct sau indirect, un interes financiar, economic** sau un alt interes personal, care **ar putea fi perceput ca element care compromite imparţialitatea sau independenţa** lor în contextul procedurii de atribuire*.

- art. 73 alin. (1) lit. d) și alin.(2) – „*Reprezintă **situaţii potenţial generatoare de conflict de interese orice situaţii** care ar putea duce la apariţia unui conflict de interese în sensul art. 72, cum ar fi următoarele, **reglementate cu titlu exemplificativ**:*

(...)

d) situaţia în care ofertantul individual/ofertantul asociat/candidatul/subcontractantul propus/terţul susţinător are drept membri în cadrul consiliului de administraţie/organului de conducere sau de supervizare şi/sau are acţionari ori asociaţi semnificativi persoane care sunt soţ/soţie, rudă sau afin până la gradul al doilea inclusiv ori care se află în relaţii comerciale cu persoane cu funcţii de decizie în cadrul entităţii contractante sau al furnizorului de servicii de achiziţie implicat în procedura de atribuire;

(2) În sensul dispoziţiilor alin. (1) lit. d), prin acţionar sau asociat semnificativ se înţelege persoana care exercită drepturi aferente unor acţiuni care, cumulate, reprezintă cel puţin 10% din capitalul social sau îi conferă deţinătorului cel puţin 10% din totalul drepturilor de vot în adunarea generală.

În primul rând Consiliul reține că situațiile potențial generatoare de conflict de interese au fost enunțate cu titlu exemplificativ de dispozițiile legale.

În cazul de față ofertantul asociat SC ..... SA are în consiliul de administrație un reprezentant al entității contractante întrucât ..... SA este acţionar în cadrul ... SA. Prin urmare, în opinia Consiliului, există relații comerciale și interes comercial al entității contractante față de operatorul economic SC ..... SA, orice acționar al unei societăți comerciale urmărind obținerea de profit în derularea activității sale. Potrivit documentelor achiziției, este adevărat că persoana desemnată de către ... în consiliul de administrație al SC ..... SA este domnul ..., persoana care nu face parte din categoria persoanelor cu funcţii de decizie sau implicate în procesul de verificare/evaluare a solicitărilor de participare/ofertelor, însă conform certificatului constatator eliberat de ONRC, domnul ... are calitatea de administrator în cadrul SC ..... SA.

Se poate presupune că însăși entitatea contractantă, având un interes financiar, ar urmări obținerea contractului de achiziție publică de către asocierea SC ..... SA - SC ... SRL, în condițiile în care obținerea contractului ar conduce la creșterea veniturilor companiei la care aceasta este acționar. O astfel de situație poate fi percepută ca fiind de natură a

compromite imparţialitatea sau independenţa în derularea procedurii de atribuire.

În mod evident reprezentantul entității contractante în consiliul de administrație al SC ..... SA va acționa sub directa îndrumare a persoanelor cu funcție de decizie din cadrul entității contractante, urmărind desigur obținerea unor contracte care ar aduce profit societății comerciale la care entitatea este acționar.

În consecință, Consiliul apreciază că ofertantul asociat SC ..... SA, membru al asocierii SC ..... SA - SC ... SRL, se află într-o situație potenţial generatoare de conflict de interese, astfel că entitatea contractantă trebuie să facă aplicarea dispozițiilor art.75 alin.(3) coroborate cu dispozițiile art.180 alin.(1) lit.e) din Legea nr.99/2016.

În ceea ace privește criticile contestatorului referitoare la incidența prevederilor art. 180 alin. (1) lit. g) si h) din Legea nr. 99/2016 în referire la oferta asocierii SC ..... SA - SC ... SRL, Consiliul le apreciază ca fiind întemeiate.

Potrivit dispozițiilor art. 202 alin. (1) lit.a) din Legea nr.99/2016, *„Entitatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAE, care constă într-o declaraţie pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autorităţile publice sau de către terţi care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplineşte următoarele condiţii:*

a) *nu se află în niciuna dintre situaţiile de excludere prevăzute la art. 177, 178 şi 180."*

În fișa de date a achiziției pct.III.2.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului, entitatea contractantă a precizat următoarele:

„1) Ofertantul, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 73, 177, art.178, art.180 din Legea nr.99/2016.

Ofertanții, terții susținători și subcontractanții au obligația completării și prezentării inițiale a DUAE de către ofertanți/candidați (inclusiv pentru asociați/subcontractanți/terți susținători) ca primă dovadă a neîncadrării în situațiile de excludere și a îndeplinirii cerințelor de capacitate".

Documentele doveditoare a informațiilor asumate prin completarea DUAE urmează a fi prezentate, la solicitarea entității contractante, în faza de analiză a documentelor suport DUAE la solicitarea entității contractante, în conformitate cu prevederile art. 205 din Legea nr. 99/2016".

Potrivit documentelor aflate la dosarul cauzei, pentru asociatul SC ... SRL au fost emise mai multe documente constatatoare, respectiv:

1. Documentul constatator nr. C72 din data de 16.12.2016 emis de ... S.A. în cuprinsul căruia se menţionează următoarele:

•Contractul nu a fost îndeplinit în mod corespunzător;

•Au fost constatate abateri de la calitatea produselor/serviciilor/lucrărilor contractate;

•S-a constatat un prejudiciu de 156.000 lei.

2. Documentul constatator nr. 8331/13.08..... emis de Consiliul Judeţean Galaţi în cuprinsul căruia se menţionează următoarele:

•Abateri de la calitatea serviciilor contractate:

„Merele nu respectă prevederile anexei I Standarde de comercializare prevăzute la art. 3" - partea B „Standarde de comercializare specifice" - partea 1 „Standarde de comercializare pentru mere", la Regulamentul de punere în aplicare (UE) nr. 543/2011, astfel:

- merele sunt transportate în cutii de carton ceea ce nu permite numărarea cu uşurinţă a acestora, în ambalaje ce nu sunt rezistente la transport si manipulare;

- ambalajele nu sunt inscripţionate cu menţiunile denumirea produsului, cantitatea netă exprimată în kilograme si numărul de bucăţi, greutatea, condiţiile de depozitare, respectiv temperatura, denumirea si adresa furnizorului, lotul, data expirării;

- ambalajele nu conţin menţiunea „Produs distribuit gratuit" conform Ordonanţei de urgenţă a Guvernului nr. 24/2010 aprobată cu modificări prin Legea nr. 195/2010, cu modificările si completările ulterioare. Este interzisă comercializarea!, această cerinţă fiind obligatorie;

- merele distribuite nu sunt spălate/curate astfel încât să poată fi consumate imediat de de copii, iar modul de ambalare nu prezintă siguranţă igienico- sanitară;

- merele sunt livrate instituţiilor şcolare deja stricate, mucegăite cu materii străine vizibile cu ochiul liber, atacate fie de boli sau dăunători, având un miros înţepător, ceea ce ne conduce la concluzia că, sunt pe cale de a intra în fermentaţie sau chiar putrefacţie;

- merele distribuite nu au greutatea minimă de 100 grame/bucată, asa cum prevăd standardele specifice de comercializare;

- merele distribuite nu sunt însoţite de buletine de analiză".

•Nu au fost respectate termenele contractuale;

•...tea ... S.R.L. a fost sancţionată cu amendă contravenţională în cuantum de 10.000 lei.

3. Documentul constatator nr. 7448/04.07.2017 emis de Consiliul Judeţean Ialomiţa în cuprinsul căruia se menţionează următoarele:

•Contractul nu a fost îndeplinit în mod corespunzător;

4. Documentul constatator nr. 7449/04.07.2017 emis de Consiliul Judeţean Ialomiţa în cuprinsul căruia se menţionează următoarele:

•Contractul nu a fost îndeplinit in mod corespunzător;

•Au fost constatate abateri de la calitatea produselor;

•În anumite scoli nu au fost livrate merele pentru luna martie 2017, precizate în minuta nr. 12/07.06.2017, procedându-se la livrarea merelor la finalul lunii mai 2017;

•Conform adreselor primite de la scoli nu au fost distribuite mere la Şcoala Paltinisu în perioada 02-12 mai 2017, Şcoala primară Misleanu în perioada 13- 31 martie 2017, 02-12 mai 2017, Grădiniţă Perieti - învăţământ primar în perioada 13-31 martie 2017, 02-12 mai 2017, iar în perioada 06.03.2017-31.03.2017 nu au fost distribuite mere în următoarele scoli: Cazanesti, Borduselu, Munteni Buzău, Balaciu, Sarateni, Malu, Ograda.

•Furnizorul a schimbat producătorul fără a anunţa autoritatea contractantă conform Fisei de date, sesizate în minuta nr. 12/07.06.2017;

•Fructele au fost distribuite în mijloace de transport neadecvate si în ambalaje neconforme care nu corespund prevederilor Caietului de sarcini;

5. Documentul constatator nr. 7450/04.07.2017 emis de Consiliul Judeţean Ialomiţa în cuprinsul căruia se menţionează următoarele:

•Contractul nu a fost îndeplinit în mod corespunzător;

•Au fost constatate abateri de la calitatea produselor;

•În anumite scoli nu au fost livrate merele pentru luna martie 2017, precizate în minuta nr. 12/07.06.2017, procedându-se la livrarea merelor la finalul lunii mai 2017;

•Conform adreselor primite de la scoli nu au fost distribuite mere la Şcoala Gimnazială Alexeni, clasele 0-IV, perioada 08-12 mai 2017, clasele V-VIII, perioada 02-12 mai 2017;

•Furnizorul a schimbat producătorul fără a anunţa autoritatea contractantă conform Fisei de date, sesizate în minuta nr. 12/07.06.2017;

•Fructele au fost distribuite în mijloace de transport neadecvate si în ambalaje neconforme care nu corespund prevederilor Caietului de sarcini.

Aceste înscrisuri au fost depuse mai întâi de contestator, pentru ca, ulterior, să fie depuse și de SC ..... SA care a formulat cerere de intervenție în calitate de lider al asocierii SC ..... SA – SC ... SRL. De subliniat este și faptul că entitatea contractantă în punctul de vedere transmis Consiliului nu face nicio mențiune referitoare la aceste documente constatatoare.

În primul rând Consiliul reține că aceste documente constatatoare nu au fost declarate de asociatul SC ... SRL în formularul DUAE depus la data depunerii ofertelor, motivând că acestea nu intrau sub incidența dispozițiilor art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, potrivit cărora *„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”.

Contrar susținerilor intervenientului, Consiliul consideră că aceste documente constatatoare trebuiau menționate de SC ... SRL în DUAE. Nelegalitatea aspectelor consemnate în documentele constatatoare, reclamată de intervenient, este de competența instanței de judecată, iar nu a Consiliului.

Competența Consiliului, în situația dată, este de a verifica dacă SC ... SRL, membru al asocierii SC ..... SA – SC ... SRL, se încadrează în cazul de excludere prevăzut de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, iar nu de a verifica legalitatea documentelor constatatoare și a stabili cine se face culpabil de situația expusă în acestea.

Astfel, de vreme ce documentele constatatoare nu au fost anulate prin decizia definitivă a instanței de judecată, ele produc efecte, situație în care, în cazul asocierii, este incident cazul de excludere din procedură prevăzut de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016. Orice act administrativ se bucură de prezumția de legalitate, care poate fi

răsturnată printr-o hotărâre judecătorească definitivă de anulare a actului administrativ. De aceea, documentele constatatoare se bucură, până la suspendarea aplicării acestora sau a anulării, ceea ce nu s-a întâmplat încă, de prezumția de legalitate.

Se impune precizarea faptului că legiuitorul nu a condiționat excluderea din procedură în cazul prevăzut la art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016 de existența unei hotărâri judecătorești definitive asupra legalității emiterii unui document constatator.

Conform articolului menționat, autoritatea contractantă 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 SC ... SRL există emise mai multe documente constatatoare care consemnează caracterul repetat al neexecutării obligațiilor contractuale în derularea contractelor de achiziție publică.

Prin urmare, existența acestor documente constatatoare demonstrează caracterul de repetabilitate al încălcărilor obligațiilor contractuale, în speță, fie prin furnizarea unor produse neconforme, fie prin încălcarea termenelor furnizare asumate prin ofertă, reținute în sarcina SC ... SRL, 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. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016.

În concluzie, relativ la îndeplinirea condițiilor cumulative enunțate de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, 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 susținerile contestatorului sub acest aspect apar ca fiind întemeiate.

Chiar dacă celelalte critici conținute de contestația depusă de SC ..... SRL apar ca fiind neîntemeiate, oferta depusă de asocierea SC ..... SA – SC ... SRL îndeplinind sub aspectele criticate cerințele din documentația de atribuire, Consiliul reține că oferta asocierii desemnate ca fiind câștigătoare a procedurii nu poate avea un caracter admisibil pentru motivele descrise anterior.

În consecinţă, luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul art. 26 alin. (2) lit.a) și b) și alin. (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestaţia formulată de SC ..... SRL și va dispune anularea raportului procedurii de atribuire - lot I, înregistrat sub nr. ...../..... și a tuturor comunicărilor subsecvente, precum și continuarea procedurii pentru lotul I prin stabilirea ofertei câștigătoare dintre ofertele admisibile rămase în competiție, în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei decizii.

Pe cale de consecință, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) si art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, Consiliul va respinge cererea de intervenție formulată de SC ..... SA.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (1) teza I din Legea nr. 101/2016, respinge excepția privind neconstituirea cauțiunii de către contestator, invocată de entitatea contractantă.

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) lt.a) și b) și alin.(5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de către SC ..... SRL în contradictoriu cu ..... SA.

Dispune anularea raportului procedurii de atribuire - lot I, înregistrat sub nr. ...../..... și a tuturor comunicărilor subsecvente.

Dispune continuarea procedurii pentru lotul I prin stabilirea ofertei câștigătoare dintre ofertele admisibile rămase în competiție.

Termenul de aducere la îndeplinire a dispozițiilor prezentei este de 10 zile lucrătoare de la comunicare.

În temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, respinge cererea de intervenție formulată de SC ..... SA.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare.

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

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

...