



În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 3043/C8/3331

Data: 29.10.2024

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 61528/27.09.2024, formulată de ..., cu sediul social în ..., înmatriculată la Oficiul Registrul Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată statutar prin dl. ... - Administrator și convențional prin din ..., împotriva rezultatului procedurii de atribuire, comunicat prin adresa nr. 692657/13.09.2024 de către ..., cu sediul în municipiul ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea încheierii unui „ACORD-CADRU SERVICII DE DIRIGENȚIE DE ȘANTIER PENTRU MODERNIZARE, REPARAȚII SI ÎNTREȚINERE A STRĂZILOR, ALEILOR, TROTUARELOR, SISTEMULUI RUTIER DE PE PODURI ȘI SEMAFORIZARE INTERSECȚII ȘI TRECERI DE PIETONI DE PE RAZA MUN. CLUJ-NAPOCA” (....), s-a solicitat:

- anularea adresei nr. 692657/13.09.2024 prin care oferta a fost exclusă din procedura de atribuire, precum și a tuturor actelor ce au stat la baza emiterii adresei de comunicare a rezultatului procedurii, în partea ce privește oferta;

- anularea raportului procedurii precum și a actelor anterioare sau subsecvente și/sau conexe acestuia, în partea ce privește oferta;

- obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere în ceea ce privește evaluarea ofertei în sensul reevaluării acesteia cu luarea în considerare a legislației incidente;

- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației, în temeiul dispozițiilor art. 29 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu cele ale art. 451-453 din Codul de procedură civilă.

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

Prin contestația formulată, ... critică decizia autorității contractante de a-i respinge oferta depusă în cadrul procedurii, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, fiind considerată inacceptabilă, în baza art. 137 alin. (1) și (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, apreciind că aceasta este o decizie nelegală și abuzivă.

Potrivit contestatorului, la nivelul DUAЕ depus în cadrul procedurii de atribuire, în cuprinsul secțiunii *C: Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale-încetare anticipată, daune interese sau alte sancțiuni comparabile*, a indicat existența a trei documente constatatoare. Totodată, a prezentat o serie de explicații și precizări cu privire la documentele constatatoare indicate și a expus autorității contractante măsurile suplimentare de credibilitate adoptate.

Totodată, arată că, în cuprinsul DUAЕ, a bifat inclusiv mențiunea [DA] cu privire la secțiunea *Ați luat măsuri pentru a demonstra fiabilitatea dumneavoastră ("autocorectare")* și a prezentat pe scurt, în cuprinsul acestei secțiuni, măsurile adoptate în urma emiterii documentelor constatatoare pe numele său.

În plus, în vederea demonstrării credibilității a depus odată cu DUAЕ inclusiv explicații suplimentare cu privire la măsurile de autocorectare adoptate și la demersurile întreprinse ulterior emiterii documentelor constatatoare nelegale și abuzive.

Mai arată contestatorul că, la solicitarea autorității contractante de a prezenta dovezi din care să rezulte neîncadrarea în situația excluderii prevăzută de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, contestatorul arată că a transmis autorității contractante adresa nr. CNM-OF-MCO-899(o) - 04.07.2024 prin care a prezentat, în mod punctual pentru fiecare document constatator în parte, măsurile de autocorectare adoptate.

Cu toate acestea, în mod nelegal, autoritatea contractantă a decis excluderea din procedură a ofertei, rezumându-se la a expune situațiile care au determinat emiterea documentelor constatatoare și neprezentând în concret motivele pentru care măsurile de credibilitate prezentate au fost apreciate ca fiind insuficiente.

Din ansamblul motivelor expuse în cadrul adresei de comunicare a rezultatului procedurii, contestatorul concluzionează că autoritatea contractantă a apreciat că măsurile de credibilitate adoptate reprezintă, în fapt, o confirmare a celor constatate de autoritățile emitente ale documentelor constatatoare. Mai precis, se relevă că autoritatea contractantă interpretează că prin adoptarea unor măsuri de credibilitate, ... ar recunoaște existența unei culpe, respectiv a "comportamentului necorespunzător" reținut în cadrul documentelor constatatoare. Astfel, cu toate că măsurile de credibilitate au rolul de a demonstra că au fost adoptate anumite măsuri pentru prevenirea unor situații similare, autoritatea interpretează măsurile adoptate în

detrimentul și analizează temeinicia emiterii documentelor constatatoare, iar nu măsurile luate de în urma emiterii acestora.

În opinia contestatorului, autoritatea contractantă nu a evaluat în mod real măsurile de autocorectare, în conformitate cu prevederile art. 171 din Legea nr. 98/2016, analiza realizată fiind una formală, aspect confirmat de faptul că niciunde în cuprinsul adresei de comunicare a rezultatului nu a fost indicat în concret, motivul pentru care măsurile de credibilitate adoptate nu ar fi suficiente.

Cu privire la documentul constatator nr. 71318/27.07.2023 și completarea la documentul constatator nr. 71318/27.07.2023, publicat în SEAP cu nr. 92/32505/28.03.2024, contestatorul arată că a prezentat autorității contractante explicații cu privire la motivul care a condus la emiterea documentului constatator și completarea la acesta, acțiunea formulată împotriva documentului constatator, documente din procedura de atribuire în cadrul căreia a fost emis documentul constatator, corespondența purtată cu autoritatea contractantă în cauză.

Ca urmare a solicitării de clarificări nr. 561361/01.07.2024, a prezentat Răspunsul nr. CNM-OF-MCO-899(o) - 04.07.2024 prin care a învederat că principalul element care a stat la baza emiterii documentului constatator nr. 71318/27.07.2023 a fost pretinsul refuz de a semna contractul de achiziție publică aferent procedurii de atribuire inițiată de CNAIR prin anunțul de participare nr. /01.07.2021.

Contestatorul prezintă pe larg măsurile de demonstrare a credibilității adoptate în cadrul societății ulterior emiterii documentului constatator, măsuri care au fost aduse la cunoștință și autorității contractante.

De asemenea, precizează că, urmare a emiterii documentului constatator, la nivelul societății a fost emisă Decizia internă, precum și *Procedura operațională denumită "Serviciile neconforme, neconformitățile, acțiunile corective și acțiunile preventive în cadrul activităților de consultanță"*. De asemenea, a învederat ce măsuri au fost stabilite prin Decizia internă, precum și prin Procedura operațională.

Din adresa de comunicare a rezultatului procedurii rezultă că autoritatea reține condițiile în care a fost emis documentul constatator nr. 71318/27.07.2023 și completarea la acesta, de asemenea, menționează că a avut în vedere inclusiv faptul că împotriva documentului constatator a formulat acțiune în instanță, însă nu precizează niciunde care sunt motivele pentru care măsurile de credibilitate adoptate nu ar fi unele suficiente.

Prezentând pe larg motivele de nelegalitate ale documentului constatator nr. 71318/27.07.2023, emis de CNAIR ca urmare a refuzului de semnare a contractului, contestatorul arată că însăși autoritatea contractantă emitentă a documentului a precizat, într-o altă procedură,

că respectivul document nu poate conduce la reținerea niciunui motiv de excludere dintre cele prevăzute de art. 167 din Legea nr. 98/2016.

Concret, chiar autoritatea emitentă a documentului constatator, care cunoaște concret și complet situația care a condus la emiterea documentului constatator în discuție a reținut că măsurile de credibilitate adoptate sunt suficiente, în conformitate cu prevederile art. 171 din Legea nr. 98/2016, în cadrul unor proceduri de atribuire în cadrul cărora a participat ulterior și în cadrul cărora a informat comisia de evaluare despre existența documentului constatator, a considerat că nu este incident niciun motiv de excludere dintre cele prevăzute la art. 167 din Legea nr. 98/2016.

În aceste condiții, contestatorul apreciază că decizia de excludere a ofertei ... prin raportare la reținerea existenței Documentului constatator nr. 71318/27.07.2023 este una nejustificată și denotă superficialitatea procesului de evaluare.

În ceea ce privește documentul constatator nr. 50978/27.06.2022 și documentul constatator nr. 51051/27.06.2022, contestatorul arată că și în legătură cu aceste documente a prezentat autorității contractante explicații cu privire la motivul care a condus la emiterea documentului în cauză și că, de fapt, acesta nu reprezintă un document constatator, ci un document intermediar (Document constatator intermediar nr. 1) în cadrul căruia a fost consemnat că a fost aplicată o penalitate în valoare de 25.000 de lei pentru înlocuirea unor experți cheie/non cheie, penalitate care a și fost achitată.

De asemenea, referitor la documentul constatator nr. 51051/27.06.2022, contestatorul arată că nici acest document constatator intermediar nu este un document constatator negativ și că, în cuprinsul acestuia, s-a consemnat că au fost aplicate o serie de penalități, acestea fiind achitate; în final, s-a reținut că și-a îndeplinit obligațiile contractuale principale.

Prin urmare, chiar și la o analiză sumară a celor două documente constatatoare, se poate constata că nu sunt aplicabile prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Potrivit contestatorului, cazul de excludere indicat în cadrul adresei de comunicare a rezultatului procedurii nu poate fi reținut în considerarea faptului că și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce îi reveneau în cadrul contractului încheiat cu CNAIR și nu este în situația în care o încălcare a obligațiilor principale să fi condus la rezilierea contractului, la plata de daune interese sau la o sancțiune similară.

În ceea ce privește prima condiție, CNAIR SA a emis documentele constatatoare intermediare în cadrul cărora s-a reținut că se aplică penalități față de înlocuirea personalului/unor experți cheie/non-cheie. Astfel, nu se poate reține că înlocuirea personalului nominalizat reprezintă încălcarea gravă sau repetată a unor obligații contractuale principale.

În procedurile în cadrul cărora au fost emise documentele constatatoare intermediare nu poate fi vorba despre o finalizare nesatisfăcătoare a contractului, nefiind emis un document constatator final negativ care să ateste că respectivele situații au adus prejudicii autorității contractante, iar acestea nu au fost remediate. În ambele documente constatatoare a fost reținut că „până în prezent sau în perioada de referință de 90 de zile contractantul și-a îndeplinit obligațiile contractuale principale.”

Prin urmare, contestatorul apreciază că nu se poate reține că cele două condiții cumulative stabilite de legiuitor pentru aplicarea sancțiunii excluderii prevăzută de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 ar fi îndeplinite în privința, astfel că excluderea pentru motivele precizate în adresa de comunicare a rezultatului procedurii cu referire la cele două documente constatatoare (50978/27.06.2022, nr. 51051/27.06.2022) nu se încadrează în ipoteza prevăzută de textul de lege.

Prin punctul de vedere înregistrat la Consiliu cu nr. 62949/03.10.2024, autoritatea contractantă a solicitat respingerea ca nefondată a contestației depuse de

În susținere, autoritatea contractantă citează pe larg adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 692657/13.09.2024 pe care a transmis-o contestatorului, precizând că, din lecturarea acesteia, se poate observa faptul că i-au fost comunicate motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei, acestea având legătură cu documentele constatatoare care arată comportamentul necorespunzător al acestuia în cadrul altor proceduri de achiziție publică.

Potrivit autorității contractante, motivat de faptul că la nivelul DUAЕ depus de ofertantul contestator s-au regăsit referiri la trei documente constatatoare emise pe numele contestatorului de către alte autorități contractante, prin adresa nr. 561361/01.07.2024 i s-a solicitat acestuia să prezinte dovezi din care să rezulte neîncadrarea acestuia în situația excluderii prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Analizând răspunsul transmis precum și cele 3 documente constatatoare negative, autoritatea contractantă a exclus din procedură oferta depusă de, ofertantului comunicându-i-se motivele care au condus la luarea acestei decizii.

Cu privire la analiza efectuată de comisia de evaluare, pe care autoritatea contractantă apreciază că nu a avut obligația de a o transmite și ofertantului, aceasta face trimitere la anexa 1 a procesului-verbal de evaluare nr. 664178/30.08.2024 și arată, în esență, următoarele:

1. Referitor la documentul constatator nr. 71318/27.07.2024, arată, în esență, că TPF INGINERIE SRL ar fi trebuit să prelungească perioada de valabilitate a ofertei și a garanției de participare și că refuzul acestuia de prelungire a avut loc ulterior declarării ofertei sale drept câștigătoare a procedurii. Astfel, autoritatea contractantă în cauză

a fost nevoită să întocmească un nou raport al procedurii prin care să anuleze procedura ca urmare a imposibilității de semnare a contractului.

Motivul invocat de contestator la acel moment de prelungire a valabilității ofertei și a garanției de participare, invocat la acel moment, a fost apreciat de comisia de evaluare din prezenta procedură ca fiind necorespunzător. În aprecierea sa, ofertantul avea obligația prelungirii valabilității documentelor prin simplul fapt că a depus o ofertă. Acel model de contract conține clauze de revizuire, clauze de modificare iar legislația în materie arată condițiile în care un contract poate fi modificat dar, ceea ce este esențial, este faptul că, pentru a fi modificat, un contract trebuie să fie mai întâi încheiat. Ofertantul nu putea să impună autorității contractante încheierea contractului în alte condiții decât cele în care s-a desfășurat procedura deoarece ar fi dus la încălcarea principiilor transparenței și tratamentului egal.

Nici pierderea disponibilității experților nominalizați în ofertă ca urmare a prelungirii perioadei de semnare a contractului nu poate fi un motiv în favoarea contestatorului deoarece personalul nominalizat în ofertă și pe baza căruia ofertantul primește punctaj tehnic este esențial în derularea contractului fiind obligația ofertantului să asigure existența personalului atât în perioada de ofertare cât și ulterior, pe toată perioada de implementare a contractului câștigat.

În plus, autoritatea contractantă arată că, din analiza corespondenței purtate la acel moment cu CNAIR, ... nu a făcut dovada imposibilității fortuite de a semna contractul, mai ales în condițiile în care modelul de contract pus la dispoziție arăta că poate fi modificat, având clauze de ajustare a prețului și o durată de 201 luni.

În ceea ce privește măsurile luate la nivelul firmei, respectiv Revizuirea Procedurii operaționale și Decizia internă nr. CNM-OF-MCO-312(o) - 07.03.20234, acestea au fost apreciate de comisia de evaluare ca fiind Insuficiente în temeiul art. 171 din Legea nr. 98/2016. S-a avut în vedere în acest sens că măsurile adoptate nu s-au luat pentru că ofertantul ... nu a dat curs solicitării de prelungire a valabilității garanției de participare și a ofertei ci pentru că un contract nu a fost încheiat pe motiv că oferta și garanția de participare au expirat.

În plus, s-a observat că prelungirea valabilității ofertei nu este un obiectiv al ... în condițiile în care în Anexa 1, la art. 1 se arată că prelungirea în cauză se va face după consultarea departamentului juridic, departamentului financiar a managerului de proiect și a directorului general al societății.

2. Cu privire la documentul constatat nr. 50978/27.06.2024, autoritatea contractantă precizează că acesta este un document intermediar, pentru care, conform informațiilor prezentate în document, au fost plătite penalitățile aplicate de către CNAIR. Ulterior, au mai fost emise pentru același obiectiv de investiții încă două documente intermediare în care se precizează următoarele informații: întârzieri – NU, Daune – NU și că în perioada de referință de 90 de zile ofertantul și-a îndeplinit obligațiile contractuale principale. Totuși, prin plata daunelor,

rezultă că au fost acceptate penalitățile aplicate de CNAIR, inclusiv situația apărută pentru care au fost aplicate penalitățile.

În ceea ce privește documentul constatator nr. 51051/27.06.2024, autoritatea contractantă arată că, și acesta este un document intermediar, în care se reține că au fost achitate facturile cu penalități și că, ulterior acestuia, a mai fost emis un document constatator intermediar din care rezultă: întârzieri – NU, Daune – NU și că în perioada de referință de 90 de zile ofertantul și-a îndeplinit obligațiile contractuale principale. Totuși, prin plata daunelor, rezultă că au fost acceptate penalitățile aplicate de CNAIR, inclusiv situația apărută pentru care au fost aplicate penalitățile.

Potrivit autorității contractante, cele două documente menționate, nefiind contestate, sunt o dovadă a încălcării repetate de către a obligațiilor contractuale și chiar dacă ulterior au fost emise alte documente din care rezultă că nu sunt întârzieri pentru cele două contracte, simplul fapt că autoritatea contractantă a fost pusă în situația de a emite documente constatatoare este suficient pentru a se reține comportatul necorespunzător al ofertantului în timpul implementării celor două contracte.

Concluzionând, autoritatea contractantă arată că aceasta, prin comisia de evaluare, este singura în măsură să aprecieze dacă credibilitatea unui operator economic a fost demonstrată și dacă poate deveni un potențial prestator în cadrul unui contract de achiziție publică, în cazul de față stabilind că nu a demonstrat acest lucru.

În consecință, solicită respingerea contestației ca nefondată.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 63754/07.10.2024, autoritatea contractantă a transmis copia dosarului achiziției.

Prin corespondența electronică, înregistrată la Consiliu cu nr. 67957/23.10.2024, autoritatea contractantă a transmis, în completarea dosarului achiziției, documente necesare soluționării cauzei.

Ca urmare a studierii dosarului aflat pe rolul Consiliului, ... a formulat concluziile scrise înregistrate la Consiliu cu nr. 68369/24.10.2024, prin care își menține solicitările formulate prin contestație, apreciind în continuare că, în fapt, autoritatea contractantă nu a realizat o evaluare/apreciere a măsurilor de autocorectare adoptate de ... ci a procedat la evaluarea motivelor care au dus la emiterea documentelor constatatoare și a legalității acestora. Fără să nege dreptul comisiei de evaluare de a analiza motivele care au dus la emiterea documentelor constatatoare negative, ... apreciază că acest lucru poate fi făcut doar cu scopul de a evalua dacă măsurile de credibilitate adoptate sunt suficiente pentru a demonstra credibilitatea ofertantului prin raportare la situația care a determinat emiterea documentelor.

.... a transmis, în original, recipisa de consemnare nr. 210607490/1, eliberată de CEC BANK la data de 25.09.2024, din care rezultă consemnarea cauțiunii în valoare de 30.252,10 lei.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, MUNICIPIUL CLUJ NAPOCA a inițiat o licitație deschisă organizată în vederea încheierii unui „ACORD-CADRU SERVICII DE DIRIGENȚIE DE ȘANTIER PENTRU MODERNIZARE, REPARAȚII SI ÎNTREȚINERE A STRĂZILOR, ALEILOR, TROTUARELOR, SISTEMULUI RUTIER DE PE PODURI ȘI SEMAFORIZARE INTERSECȚII ȘI TRECERI DE PIETONI DE PE RAZA MUN. CLUJ-NAPOCA” (CN1067588).

Nemulțumit de respingerea ofertei sale din cauza a trei documente constatatoare „negative”, ... a solicitat cele precizate în partea introductivă.

În soluționarea contestației, Consiliul consideră a fi relevante următoarele prevederi din:

➤ **Legea nr. 98/2016:**

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

g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, **iar** aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile; (...)

(8) În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. g) se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract.

(...)

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

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

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

(3¹) Autoritatea contractantă evaluează măsurile luate de operatorii economici și dovedite în conformitate cu prevederile alin. (3), ținând seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale infracțiunii sau abaterii avute în vedere.

(3²) În cazul în care măsurile prevăzute la alin. (3¹) sunt considerate insuficiente de către autoritatea contractantă, aceasta transmite operatorului economic o expunere a motivelor care au condus la luarea deciziei de excludere a acestuia din procedura de atribuire. (...)

➤ HG nr. 395/2016:

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

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

(5) Documentele constatatoare emise de către autoritatea contractantă **pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale** de către contractant/contractantul asociat și, dacă este cazul, pentru eventualele prejudicii se publică în SEAP, în termen de 60 de zile de la data emiterii, cu excepția situației în care efectele au fost suspendate prin hotărârea instanței de judecată. (...)

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

Din analiza coroborată a textelor legale mai sus prezentate rezultă că documentele constatatoare, pe care autoritatea contractantă este obligată să le emită, sunt considerate acte administrative ce prezintă o situație de fapt, rolul lor fiind acela de a oferi informații cu privire la capacitatea unui ofertant de a-și îndeplini în mod corespunzător obligațiile contractuale, fără a aduce prejudicii autorității contractante. Fiind vorba de un act administrativ unilateral, acesta, potrivit legii contenciosului administrativ, se bucură de prezumția de legalitate, autenticitate și veridicitate, trăsături care constituie fundamentul caracterului executoriu.

În acest sens, Consiliul va reține că, atâta timp cât efectele juridice ale documentelor constatatoare în cauză nu au fost suspendate de instanța de judecată în condițiile reglementate de art. 14 și 15 din Legea nr. 554/2004, acestea produc efecte, fiind incident cazul de excludere din procedură prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice. Prin urmare, orice act administrativ se bucură de prezumția de legalitate, care poate fi răsturnată doar printr-o hotărâre judecătorească definitivă de anulare a actului administrative, motiv pentru care documentele constatatoare se bucură, în continuare, de prezumția de legalitate și produc efecte juridice, intrând în circuitul civil.

În același sens, s-a pronunțat Curtea de Apel București, Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal, în Decizia nr. 586 din 5 februarie 2016: „(...) respingerea ofertei pe baza unui document ce constată *neîndeplinirea corespunzătoare a obligațiilor contractuale anterioare este legală, chiar dacă pe rolul tribunalului există un litigiu*

privind documentul constatator, care se bucură de prezumția de legalitate"; și Decizia civilă nr. 6386/19.11.2018, în care se precizează că: „Prin urmare, documentele constatatoare nu au fost anulate, astfel că este corectă aprecierea CNSC că atâta timp cât nu au fost anulate sau suspendate printr-o decizie a instanței de judecată, ele se bucură de prezumția de legalitate și produc efecte juridice”.

După cum a reținut și Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 2199 din 14 aprilie 2009, actul administrativ se bucură de prezumția de legalitate, care, la rândul său, se bazează pe prezumția autenticității și veridicității, în același timp fiind și executoriu din oficiu.

În acest sens este și Decizia nr. 212/30.10.2019, pronunțată de către Curtea de Apel Constanța – Secția de Contencios Administrativ, conform căreia: *„Astfel existența unui document constatator, deși nu reprezintă un motiv de excludere automat din procedura de atribuire, constituie o prezumție în defavoarea ofertantului, iar autoritatea contractantă, în aplicarea prevederilor Legii nr. 98/2016 și a normelor sale de aplicare, trebuie să excludă ofertantul respectiv dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, ofertantul nu furnizează dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere”.*

Nu în ultimul rând, Consiliul apreciază ca relevantă fiind și Hotărârea nr. 269/16.12.2021, emisă de Curtea de Apel Constanța, care a menținut Decizia CNSC nr. 2517/C6/2739/11.11.2021.

Or, potrivit informațiilor din dosarul cauzei, documentele constatatoare în discuție, nu au fost suspendate de la executare, astfel, producându-și efectele juridice.

Din interpretarea acestor dispoziții legale, rezultă faptul că autoritatea contractantă are obligația de a exclude operatorul care se află în situațiile de excludere prevăzute la art. 167 din Legea nr. 98/2016 [în speță, lit. g)], operator care, la rândul său, are posibilitatea de a furniza dovezi care să arate că măsurile luate sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea; de aici, concluzia că, pe de o parte, existența unui document constatator al situației nu conduce, în mod automat, la excludere, iar, pe de altă parte, că, prezentarea unor astfel de dovezi poate sau nu să convingă autoritatea contractantă, care-și poate asuma răspunderea de a păstra în procedură ofertantul.

Prin urmare, autoritatea contractantă dispune de un drept de apreciere în ceea ce privește excluderea din procedură, în cazul incidenței situației prevăzute la art. 167 lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Însă, stabilirea incidenței acestei situații de excepție este lăsată la aprecierea autorității contractante, aspect în strânsă legătură cu principiul asumării răspunderii statuat de art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016, comisiei de evaluare revenindu-i sarcina de a stabili dacă prin documentele/informațiile prezentate, ofertantul dovedește că are

capacitatea de a furniza/presta/executa bunurile/serviciile/lucrările ce fac obiectul prezentei proceduri de atribuire.

Cu referire la prezenta cauză, Consiliul reține că față de cele trei documente constatatoare negative, comisia de evaluare i-a solicitat ofertantului contestator, prin adresa nr. 561361/01.07.2024, următoarele clarificări:

„(...) ținând cont de informațiile declarate de către la nivelul DUAЕ privind situația de «Încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile», este necesar ca în temeiul art. 171, alin. (1) din Legea nr. 98/2016 să prezentați dovezi din care să rezulte neîncadrarea în situația excluderii prevăzută de art. 167 alin.(1), lit. g) din Legea nr. 98/2016”.

Ofertantul a răspuns prin adresa nr. CNM-OF-MCO-899(o)-04.07.2024, precizând, printre altele, că:

„Referitor la Documentul constatator nr. 71318/27.07.2023 și la Completarea cu nr. 92/32508/28.03.2024

(...) am indicat de la faza DUAЕ o serie de măsuri de demonstrare a credibilității, acestea constând în: *Procedura Operațională «Serviciile neconforme, neconformității, acțiunile corective și acțiunile preventive în cadrul activităților de consultanță»* (...)

Această Procedură, ca parte a Manualului de Calitate al societății, tratează orice situație neconformă și stabilește cadrul pentru evitarea situațiilor similare. (...)

Decizia internă ... cu nr. CNM-OF-MCO-312(o)-07.03.2024 privind adoptarea de măsuri organizatorice și financiare de control, raportare și acțiune, în vederea eliminării unor situații de neîncheiere contracte. (...)

2. Referitor la Documentul constatator nr. 50978/27.06.2022

Documentul constatator nr. 50978/27.06.2022, existent și în SEAP, nu este un document constatator negativ. El consemnează dosare din instanță în care subscrisa a avut pretenții față de autoritatea contractantă Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA și nu invers. Așadar Documentul constatator nr. 50978/27.06.2022 nu relevă obligații neîndeplinite și prejudicii cauzate de subscrisa autorității contractante.

3. Referitor la Documentul constatator nr. 51051/27.06.2022

Documentul constatator nr. 51051/27.06.2022 consemnează o serie de sume achitate de subscrisa cu titlu de penalități conform contractului de Supervizare Autostrada Sibiu - Pitești, Secțiunea 1: Sibiu - Boita, km 0+000 - km 14+150, Lot 1 km 0+000 - km 13+170.

În concret, primele două penalități, în valoare de 5.000 lei fiecare, vizează înlocuirea unui membru al personalului Supvizorului, pentru care în contractul de servicii, la clauzele 20.2 și 20.13 este prevăzută plata unei penalități de înlocuire. Subscrisa am respectat clauzele contractului și am achitat aceste penalități, astfel cum rezultă și din Documentul Constatator.

Cea de-a treia penalitate vizează o întârziere în aprobarea unei înlocuiri în membrii personalului Antreprenorului. Subscrisa am respectat clauzele contractului, respectiv 6.1, 10.3 și 10.49 și am achitat aceste penalități, astfel cum rezultă și din Documentul Constatator.

Întrucât sumele menționate au fost achitate de subscrisa, se aplică prevederile art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, nefiind întrunite condițiile legale de excludere a subscrissei din procedură.”

Referitor la Documentul constatator nr. 71318/27.07.2023, CNAIR a constatat refuzul ... de a prelungi valabilitatea garanției de participare și a ofertei după ce a fost desemnată câștigătoare. Lipsa prelungirii a dus la imposibilitatea încheierii contractului și la emiterea unui nou raport al procedurii, fiind necesară anularea atribuirii anterioare.

În plus, prin adresa nr. CNM-OF-MCO-899(o) din 04.07.2024, operatorul a justificat acest refuz pe baza pierderii disponibilității unor experți, invocând aspecte contractuale și operaționale. Totuși, autoritatea contractantă a considerat că operatorul avea obligația de a asigura continuitatea personalului pe toată durata contractului și de a se conforma cerințelor de prelungire, conform clauzelor standard.

Această conduită a fost apreciată ca o abatere gravă, denotând nesiguranță în îndeplinirea viitoarelor angajamente contractuale, motiv pentru care s-a emis documentul constatator negativ, în temeiul art. 166 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

Documentul constatator nr. 50978/27.06.2022, emis de CNAIR, consemnează aplicarea unei penalități de 25.000 lei, din cauza întârzierilor și deficiențelor repetate constatate în perioada de referință. Potrivit rubricilor 10 și 13 din document, s-a consemnat îndeplinirea obligațiilor contractuale principale doar pe parcursul unei perioade de referință limitate, dar operatorul a întârziat, în mod repetat, finalizarea unor activități-cheie.

Penalitățile aplicate au fost achitate, însă autoritatea contractantă a considerat că repetitivitatea abaterilor reflectă lipsa unui control adecvat și a unei planificări responsabile, fiind aplicabilă excluderea conform art. 167 alin. (1) lit. g) din HG nr. 395/2016.

În Documentul constatator nr. 51051/27.06.2022, CNAIR a consemnat aplicarea unor penalități suplimentare pentru întârzieri și deficiențe de performanță. Deși penalitățile au fost achitate de ..., autoritatea a subliniat că acestea indică o repetitivitate a încălcărilor și o nesiguranță în capacitatea operatorului de a respecta termenele și condițiile contractuale.

Concluzia din document, menționată în rubrica 13, este că ... și-a îndeplinit obligațiile principale, însă comportamentul constant necorespunzător și întârzierile frecvente justifică sancțiuni pentru evitarea unor posibile riscuri viitoare.

Conform prevederilor art. 171 din Legea nr. 98/2016, operatorul ... a transmis măsuri de autocorectare în vederea demonstrării credibilității sale. Măsurile invocate au inclus: revizuirea procedurilor interne (Procedura Operațională „Serviciile neconforme, neconformitățile, acțiunile corective și acțiunile preventive în cadrul activităților de consultanță”); Decizia internă nr. CNM-OF-MCO-312(o)-07.03.2024; clarificarea unor clauze contractuale; și revizuirea termenelor de control și implementare.

Totuși, comisia de evaluare a constatat că măsurile luate nu răspund în mod adecvat la circumstanțele concrete ale abaterilor și nu dovedesc o schimbare de substanță în structura organizatorică a operatorului, pentru a evita pe viitor riscurile întârzierilor și ale deficiențelor contractuale. Procedura internă menționată nu a prevenit sau rectificat situațiile anterioare, penalitățile rămânând aplicabile chiar și în cadrul activităților derulate după implementarea acestei proceduri.

Pe baza celor prezentate, se poate constata că cele trei documente constatatoare reflectă o încălcare gravă și repetată a obligațiilor contractuale, fiind îndeplinite condițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016. Gravitatea și repetitivitatea abaterilor demonstrează o conduită necorespunzătoare a operatorului economic în cadrul mai multor contracte, justificând excluderea pentru a preveni riscurile de neconformitate în execuția viitorului contract.

În aceste condiții, Consiliul stabilește că cele trei documente constatatoare emise de Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere (CNAIR) reflectă, în mod clar, abateri grave și repetate ale operatorului economic în executarea unor contracte publice anterioare. Aceste abateri includ:

1. Refuzul prelungirii garanției de participare și a valabilității ofertei, cu consecința anulării procedurii de atribuire, fapt ce indică o lipsă de responsabilitate și stabilitate contractuală.

2. Întârzieri și deficiențe repetate în derularea contractului, penalizate financiar, confirmând o gestiune necorespunzătoare și incapacitatea de a respecta angajamentele asumate.

3. Aplicarea sancțiunilor pecuniare pentru deficiențe și întârzieri, ce demonstrează incapacitatea de a implementa măsuri preventive eficiente în activitățile contractuale, creând un risc semnificativ pentru conformitatea viitoare.

Conform art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă are obligația de a exclude un operator economic care și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile contractuale principale, când aceste încălcări au dus la măsuri comparabile cu încetarea anticipată a contractului sau la aplicarea de penalități semnificative. Art. 171 alin. (1) permite operatorului economic să demonstreze măsuri de autocorectare care să prevină riscul repetării abaterilor, dar, în acest caz, măsurile invocate de TPF INGINERIE SRL au fost apreciate ca insuficiente și formale, nefiind adaptate la cerințele de fiabilitate și stabilitate impuse de legislația în vigoare.

În contextul achizițiilor publice, principiile transparenței și proporționalității impun autorității contractante să adopte măsuri de precauție pentru a preveni riscurile de neconformitate. Excluderea unui operator economic al cărui comportament repetitiv denotă nesiguranță în îndeplinirea angajamentelor nu numai că protejează interesul public, dar garantează și o alocare echitabilă a resurselor publice, evitând riscul de implementare deficitară a obiectivelor contractuale.

Prin urmare, Consiliul va menține decizia de excludere a ofertei TPF INGINERIE SRL, întrucât documentele constatatoare furnizate demonstrează abateri grave și repetate, iar măsurile de remediere prezentate nu sunt suficiente pentru a asigura autoritatea contractantă de credibilitatea și fiabilitatea operatorului economic în derularea viitorului contract. Această decizie protejează principiile transparenței, proporționalității și responsabilității în achizițiile publice, contribuind la

derularea eficientă a procedurilor și la asigurarea unei implementări conforme cu așteptările legale și contractuale.

Luând în considerare situația prezentată, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ..., inclusiv cererea contestatoarei de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate potrivit prevederilor art. 29 și 32 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,
cu majoritate de voturi
CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ..., inclusiv cererea contestatoarei de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Opinie separată,

Contrar opiniei majoritare de respingere a contestației formulate de ..., opinez că decizia autorității contractante de a respinge oferta contestatorului, pentru motivele menționate în cadrul actului atacat, nu este în concordanță cu dispozițiile legale în vigoare, pentru considerentele expuse în continuare.

În soluționarea disputei, privitoare la respingerea ofertei pentru existența a trei documente constatatoare „negative”, trebuie reținut, mai întâi, că, potrivit art. 166 alin. (1) din HG nr. 395/2016, documentul constatator se emite pentru orice modalitate de finalizare a contractului, respectiv pentru **îndeplinirea sau după caz, neîndeplinirea obligațiilor contractuale**.

Respingerea ofertei, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, poate interveni dacă ofertantul în cauză (executant al contractului pentru care s-a emis documentul constatator) nu și-a îndeplinit obligațiile **principale** ale contractului. Așadar, nu orice neîndeplinire a obligațiilor contractuale poate conduce la respingerea ofertei.

Autoritatea contractantă (prin comisia de evaluare), care analizează situația de excludere pe baza unui document constatator, emis pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale („negativ”), trebuie să verifice următoarele aspecte:

1. Dacă în documentului constatator se consemnează **neîndeplinirea obligațiilor contractuale principale**.

Astfel, trebuie făcută distincție între:

- acțiunea de emitere a unui document constatator pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale, conform art. 166 alin. (1) din HG nr. 395/2016 și

- acțiunea de respingere a unei oferte pentru încălcarea obligațiilor contractuale principale, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Legiuitorul a atras atenția, prin art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016, că excluderea din procedură poate interveni doar dacă se îndeplinesc condițiile cumulative de la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, nu pentru simpla existență a unui document în care s-a consemnat neîndeplinirea unor obligații contractuale.

Deci, dacă în documentul constatator emitentul arată că executantul și-a îndeplinit obligațiile contractuale principale (există deficiențe care afectează cerințe de fond) nu poate fi invocat art. 167 alin. (1) lit. g), deoarece legiuitorul a făcut referire clară la obligațiile contractuale principale, nu la orice tip de obligații ce derivă din contract.

2. Dacă se constată neîndeplinirea obligațiilor principale, comisia de evaluate verifică, ulterior, dacă se **îndeplinesc condițiile** cumulative de la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, respectiv:

1. operatorul economic și-a încălcat:

- fie **în mod grav**;

- fie **repetat**

obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice **și**

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

În situația în care în documentul constatator se arată că au fost încălcate obligațiile contractuale principale, aceste încălcări trebuie să cuprindă plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Așadar, la această etapă de verificare, comisia de evaluare trebuie să determine dacă operatorul economic a încălcat **fie** în mod grav, **fie** în mod repetat. În acest sens, a fost emisă și notificarea ANAP.

Din motivele de respingere a ofertei, comisia de evaluare a concluzionat că ofertantul a încălcat în mod repetat obligațiile contractuale, nefiind pusă în discuții gravitatea încălcărilor.

Privitor la documentele constatatoare (DC) nr. 50978/27.06.2022 și 51051/27.06.2022, se observă că emitentul acestor acte, CNAIR, a precizat la:

- rubrica 10: „Întârzieri/deficiențe în derularea contractului în prezent/perioada de referință de 90 zile – DA;
- rubrica 11: „*Daune cauzate beneficiarului pana în prezent.../Penalități emise de Beneficiar pana în prezent.../Prejudicii aduse Beneficiarului ... : DA*”: (...)
 - * în DC nr. 50978/27.06.2022 - penalități de 25.000 lei;
 - * în DC nr. 51051/27.06.2022 - penalități de 30.000 lei
- rubrica 13: „*Până în prezent sau în perioada de referință de 90 de zile contractantul **și-a îndeplinit obligațiile contractuale principale - DA.***”.

Așadar, din aceste documente rezultă precis că executantul contractului (ofertant în prezenta procedură) și-a îndeplinit obligațiile principale ale contractului, nefiind înregistrate deficiențe care să afecteze îndeplinirea unor cerințe de fond ale contractului, să fi produs modificarea substanțială a contractului.

Beneficiarul contractului a făcut distincție clară, a stabilit rubrici separate între/pentru *deficiențe/întârziere în executarea contractului* (rubrica 10) și *îndeplinirea contractului* (rubrica 13).

În consecință, în mod nelegal, comisia de evaluare a respins oferta în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege. Nefiind regăsită condiția esențială de excludere – încălcarea obligațiilor principale, motivul de respingere nu poate interveni.

Prin art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016 s-a atras atenția asupra obligației comisiei de evaluare de a analiza îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din lege. Însă, comisia de evaluare a ignorat concluzia CNAIR (emitentul celor două documente constatatoare) și a făcut propria analiză a modului de executare a contractelor pentru care s-au emis documentele. Or, comisia de evaluare nu se poate substitui emitentului documentelor constatatoare, nu avea dreptul de a reinterpreta concluziile de la rubrica 13 din acele acte și nici de a aplica eronat dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege.

Trebuie remarcat faptul că, în analizarea situației de excludere, comisia de evaluare nici măcar nu a stabilit care sunt obligațiile contractuale principale din respectivele contracte, implicit nu a determinat încălcarea lor. Comisia de evaluare s-a limitat la a prelua informații din cele două documente constatatoare. Or, obligațiile principale se regăsesc, cel puțin, în draftul de contract, publicat în anunțul de participare nr. CN1009738, respectiv CN1013237.

Decizia de excludere este construită, în mod eronat, pe deficiențele înregistrate în contract, pentru care au fost aplicate penalități, ce au fost achitate de executant.

În interpretarea achizitorului, orice deficiență reprezintă obligație contractuală principală. Or, o situație de excludere, pentru neîndeplinirea contractului, ar fi trebuit cauzată de o modificare substanțială a lui, ceea ce nu s-a întâmplat în cazul contractelor derulate la CNAIR.

O astfel de conduită din partea comisiei de evaluare constituie o încălcare a prevederilor art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016 și a art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Relevantă în acest sens este Hotărârea CJUE, în cauza C-267/18, prin care se arată că revenea autorității contractante să analizeze dacă deficiența respectivă afecta o cerință de fond, care ar fi condus la modificarea substanțială a contractului:

30 În împrejurările litigiului principal, CNAIR trebuie să stabilească în special dacă, în opinia sa, recurgerea de către ATE nr. 1 la un subcontractant fără să solicite în prealabil autorizarea primăriei constituia o deficiență semnificativă și, în cazul unui răspuns afirmativ, dacă această deficiență afecta îndeplinirea **unei cerințe de fond** care revine ofertantului în cadrul contractului nr. 1. (...).

33 CNAIR trebuie, în plus, să verifice dacă recurgerea la un subcontractant poate **să constituie o modificare substanțială a ofertei** pe care o formulase ofertantul câștigător (a se vedea prin analogie Hotărârea din 13 aprilie 2010, Wall, C 91/08, EU:C:2010:182, punctul 39), **în sensul că aceasta introduce condiții care, dacă ar fi fost prevăzute în cadrul procedurii de atribuire inițiale, ar fi permis admiterea altor ofertanți decât cei admiși inițial sau ar fi permis selectarea unei alte oferte** decât cea selectată inițial (Hotărârea din 13 aprilie 2010, Wall, C 91/08, EU:C:2010:182, punctul 38, și Hotărârea din 19 iunie 2008, presetext Nachrichtenagentur, C 454/06, EU:C:2008:351, punctul 35).

În prezenta cauză, nu s-a realizat o astfel de analiză, privitoare la modificarea substanțială a contractelor, ci s-a concluzionat că ofertantul, prin acceptarea penalităților, operatorul a acceptat situația apărută. Așadar, lipsește analiza comisiei de evaluare asupra **cerințelor de fond/obligațiilor principale** ce ar fi fost afectate de conduita operatorului economic.

În consecință, nefiind înregistrare neîndepliniri ale obligațiilor principale contractuale (CNAIR confirmând îndeplinirea obligațiilor contractuale principale) nu devin aplicabile dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Autoritatea contractantă a aplicat acest articol fără să verifice îndeplinirea condiției primordiale prevăzută de legiuitor: îndeplinirea obligațiilor contractuale **principale**.

A ignora decizia emitentului documentelor constatatoare, prin care s-a considerat că un executant și-a îndeplinit obligațiile principale din contract, ar însemna că i s-ar permite unei terțe părți, care nu a avut nicio implicare în contract, să decidă, în locul semnatarilor contractului, asupra modului de derulare a lui. Însă, o astfel de interpretare (așa cum se deduce din motivele respingerii ofertei contestatoare) nu are

nicio legătură nici cu legea aplicabilă contractului, nici cu cea a achizițiilor publice.

Mai mult decât atât, chiar autoritatea contractantă concluzionează, atât în adresa de comunicare a rezultatului procedurii, cât și în procesul-verbal de evaluare, că nu există întârzieri în executarea contractelor, ci doar încălcarea unor obligații:

„Chiar dacă ulterior, au mai fost emise alte documente constatatoare care arată ca nu sunt întârzieri pentru cele doua contracte, prin simplul fapt că autoritatea contractanta a fost pusa în situația de a emite documente intermediare în temeiul art. 166, alin. 5² din HG nr. 395/2016, rezulta comportamentul necorespunzător al ofertantului în timpul implementării celor doua contracte de servicii. Penalitățile au fost aplicate pentru neîndeplinirea unor obligații astfel cum am arătat anterior, obligații care au legătura cu personalul ofertantului, situație care nu este de dorit a fi întâlnită și în alte contracte de achiziții.”

De asemenea, se constată că, în analizarea acestor documente constatatoare, au fost ignorate și dispozițiile art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora dovezile furnizate de ofertant în dovedirea credibilității privesc efectuarea plății penalităților.

În ipoteza în care s-ar accepta că cele două documente constatatoare privesc neîndeplinirea obligațiilor contractuale principale, comisia de evaluare trebuia să ia în considerare plata penalităților, drept dovezi ale credibilității ofertantului.

Însă, comisia de evaluare nu a motivat de ce nu sunt suficiente aceste dovezi - plata penalităților. Achizitorul s-a limitat la a preciza că *„prin plata daunelor, rezulta că s-au acceptat penalitățile aplicate de către CNAIR si inclusiv ca a fost acceptata situația apăruta pentru care au fost aplicate penalitățile.”*.

Aceste argumente nu le pot considera pertinente, întrucât este de la sine înțeles că orice penalitate privește o deficiență în realizarea contractului, iar prin plata ei executantul acceptă situația respectivă.

Prin această justificare, autoritatea contractantă înlătură dreptul operatorilor economici de a prezenta astfel de dovezi, conform art. 171 alin. (3), dar, totodată, demonstrează lipsa oricărei evaluări a măsurilor luate de operatorul economic ofertant, implicit și lipsa motivării insuficienței măsurilor, contrar obligațiilor de la alin. (3¹) și (3²) ale aceluiași articol.

Astfel, în mod nelegal, autoritatea contractantă a considerat că prin documentele constatatoare nr. 50978/27.06.2022 și 51051/27.06.2022 oferta se încadrează în motivele de excludere de la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Referitor la documentul constatator nr. 71318/2016, observ că autoritatea contractantă a concluzionat că informațiile cuprinse în acest document *„arată doar repetarea unui comportament necorespunzător din partea SC”*.

Având în vedere că, prin documentele constatatoare nr. 50978/27.06.2022 și nr. 51051/27.06.2022, **nu se constată neîndeplinirea obligațiilor contractuale principale**, ci din contră, CNAIR arată îndeplinirea lor, **nu se poate pune în discuție nerespectarea, în**

mod repetat, a obligațiilor contractuale principale, implicit nici aplicarea art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 – *„operatorul economic și-a încălcat în mod (...) repetat obligațiile principale ce-i revineau”*.

Argumentele achizitorului privesc *„repetarea unui comportament necorespunzător”*, dar care nu poate constitui motiv de excludere a ofertei, nefiind regăsit în cel stabilit de legiuitor.

Trebuie remarcat faptul că achizitorul nu a reținut nici prin acest document constatator, dar nici prin celelalte două, că ar fi vorba de încălcări grave, ci doar de încălcări repetate a unor obligații.

Astfel, sub acest aspect, al lipsei repetării încălcării obligațiilor contractuale, motivul de respingere a ofertei este ilegal.

În plus, comisia de evaluare nu a motivat nici insuficiența măsurilor adoptate de operatorul economic ofertant. Aceasta s-a limitat la a preciza că *„prin măsurile pe care SC le-a luat în urma documentului constatator, de fapt, acesta recunoaște ca are o problema internă măcar în ceea ce privește prelungirea perioadei de valabilitate a garanției de participare și ofertei. Nici aceasta situație nu este de dorit pentru nici o autoritate.”*.

Consider că această concluzie este lipsită de sens, pentru că este de la sine înțeles că orice măsură de remediere este cauzată de o problemă ce trebuie corectată. Această concluzie, în niciun caz, nu poate reprezenta o analiză a măsurii luate de operatorul economic, implicit nicio motivare a insuficienței măsurii, așa cum obligă art. 171 alin. (3¹) și (3²).

Prin lipsa unei analize a măsurilor luate de operatorul economic, membrii comisiei de evaluare au înlăturat orice posibilitate a ofertantului de a-și dovedi credibilitatea/fiabilitate.

Relevante în acest sens sunt cele dispuse de CJUE în:

- cauza C-395/18, Tim SpA – Direzione e coordinamento Vivendi SA împotriva Consip SpA:

„49 Necesitatea de a respecta principiul proporționalității este reflectată și la articolul 57 alineatul (6) primul paragraf din Directiva 2014/24, în temeiul căruia orice operator economic care se află în special în situația prevăzută la articolul 57 alineatul (4) litera (a) din această directivă, inclusiv, astfel cum reiese din cuprinsul punctului 43 din prezenta hotărâre, ca urmare a încălcării constatate în privința unui subcontractant indicat în ofertă, poate furniza dovezi pentru a atesta că măsurile pe care le a luat sunt suficiente pentru a dovedi fiabilitatea sa, în ciuda existenței acestui motiv de excludere. Articolul 57 alineatul (6) primul paragraf din Directiva 2014/24 precizează că, dacă aceste dovezi sunt considerate suficiente, operatorul economic în cauză nu trebuie să fie exclus din procedura de achiziții. Această dispoziție introduce astfel un mecanism de măsuri corective (self cleaning) care subliniază importanța acordată fiabilității operatorului economic (Hotărârea din 19 iunie 2019, Meca, C 41/18, EU:C:2019:507, punctele 40 și 41).

50 *În consecință, atunci când riscă să fie exclus de la participarea la procedura de achiziții publice ca urmare a încălcării obligațiilor prevăzute de legislația din domeniul mediului, social și al muncii, imputabilă unuia dintre subcontractanții la care intenționează să recurgă, operatorul economic care a depus oferta poate demonstra autorității contractante că este în continuare fiabil, în pofida existenței unui astfel de motiv de excludere, autoritatea contractantă trebuind, în conformitate cu articolul 57*

alineatul (6) al treilea paragraf din Directiva 2014/24, să aprecieze elementele de probă prezentate de acest operator în funcție de gravitatea situației și de împrejurările particulare ale speței.”

➤ **cauza C-387/14, RTS infra BVBA:**

„29 Această interpretare este confirmată de obiectivul urmărit prin articolul 57 alineatul (6) din Directiva 2014/24. Astfel, atunci când prevede că orice operator economic trebuie să poată furniza dovada măsurilor corective, această dispoziție urmărește să sublinieze importanța atașată fiabilității operatorului economic, precum și să asigure o evaluare obiectivă a operatorilor economici și o concurență efectivă (a se vedea prin analogie Hotărârea din 11 iunie 2020, Vert Marine, C 472/19, EU:C:2020:468, punctul 22). Or, acest obiectiv poate fi atins atunci când este furnizată dovada măsurilor corective, în oricare etapă a procedurii care precedă luarea deciziei de atribuire, esențial fiind ca operatorul economic să aibă posibilitatea de a invoca și de a solicita examinarea măsurilor care, în opinia sa, permit remedierea unui motiv de excludere care îl privește.

(...)

34 În al doilea rând, trebuie precizat că, astfel cum reiese din articolul 57 alineatul (7) din Directiva 2014/24, statele membre sunt obligate, atunci când stabilesc condițiile de aplicare a acestui articol 57, să respecte dreptul Uniunii. În special, acestea trebuie să respecte nu numai principiile aplicabile achizițiilor enunțate la articolul 18 din Directiva 2014/24, printre care figurează în special principiile egalității de tratament, transparenței și proporționalității, ci și principiul respectării dreptului la apărare, care, în calitate de principiu fundamental al dreptului Uniunii din care face parte integrantă dreptul de a fi ascultat în orice procedură, își găsește aplicarea în cazul în care administrația intenționează să adopte împotriva unei persoane un act cauzator de prejudicii, precum o decizie de excludere adoptată în cadrul unei proceduri de achiziție (Hotărârea din 20 decembrie 2017, Prequ’ Italia, C 276/16, EU:C:2017:1010, punctele 45 și 46, precum și jurisprudența citată). (...)

48 În speță este necesar să se considere că, prin faptul că prevede că orice operator economic poate furniza dovezi pentru a arăta că măsurile pe care le a luat sunt suficiente pentru a demonstra fiabilitatea sa, în pofida existenței unui motiv de excludere care îl privește, articolul 57 alineatul (6) din Directiva 2014/24 conferă operatorilor economici un drept care, pe de o parte, este formulat în termeni neechivoci și, pe de altă parte, pune în sarcina statelor membre o obligație de rezultat care, chiar dacă condițiile sale materiale și procedurale de aplicare trebuie să fie precizate de statele membre, în temeiul articolului 57 alineatul (7) din această directivă, nu depinde de o transpunere în dreptul intern pentru a putea fi invocată de operatorul economic în cauză și aplicată în beneficiul acestuia din urmă.

49 Astfel, indiferent de modalitățile concrete de aplicare a articolului 57 alineatul (6) din Directiva 2014/24, această dispoziție prevede în mod suficient de precis și de necondiționat, în sensul jurisprudenței citate la punctul 46 din prezenta hotărâre, că operatorul economic în cauză nu poate fi exclus de la procedura de achiziție dacă reușește să dovedească, într-un mod satisfăcător pentru autoritatea contractantă, că măsurile corective luate îi restabilesc fiabilitatea în pofida existenței unui motiv de excludere care îl privește. În consecință, articolul 57 alineatul (6) din această directivă prevede în favoarea acestui operator economic o protecție minimă indiferent de marja de apreciere lăsată statelor membre la stabilirea condițiilor procedurale ale acestei dispoziții (a se vedea în acest sens Hotărârea din 14 iulie 1994, Faccini Dori, C 91/92, EU:C:1994:292, punctul 17, precum și Hotărârea din 5 octombrie 2004, Pfeiffer și alții, C 397/01-C 403/01, EU:C:2004:584, punctul 105). Această soluție se impune cu atât mai mult cu cât, astfel cum a arătat în esență domnul avocat general la punctul 102 din concluziile sale, articolul 57 alineatul (6) din directiva menționată stabilește elementele fundamentale ale regimului măsurilor corective și ale dreptului conferit operatorului economic, indicând elementele minime care trebuie dovedite, precum și criteriile de evaluare care trebuie respectate.”

Văzând toate cele de mai sus, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, consider că se impune anularea raportul procedurii, precum și actele subsecvente lui, în partea ce privește oferta și obligarea autoritatea contractantă să reevalueze această oferta conform motivării, în termen de 15 zile de la primirea prezentei decizii.

Pe cale de consecință, trebuie admisă și cererea contestatorului de obligare a autorității contractante la plata către contestator a sumei de 11.900 lei, reprezentând cheltuieli de judecată.

PREȘEDINTE,

....

Redactat practicaua Deciziei,

....

Redactată în 4 exemplare originale, conține 21 pagini.