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 înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 43126/30.08.2022, înaintată de SC ...SRL, cu sediul în …., reprezentată legal prin …, în calitate de lider al asocierii SC ...SRL – SC ...SRL – SC ...SRL, reprezentată convenţional prin …., împotriva raportului procedurii de atribuire nr. 24249/23.08.2022, emis de …., cu sediul în …., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitaţie deschisă organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect *„Prestări servicii de proiectare constând în elaborare Studiu de Fezabilitate, Pth de execuție inclusiv PAC, Detalii de execuție, asigurarea Asistenței Tehnice pe parcursul exe. de lucrări și în perioada de garanție a lucrărilor executate pentru obiectivul de investiție DRUM DE LEGĂTURĂ PENTRU SPORIREA CAPACITĂȚII DE TRAFIC ÎNTRE DN6 (ZONA UZINEI ...) ȘI DRUMUL EXPRES ...(TRONSONUL 1)”*, cod CPV 71322500-6, s-a solicitat:

a) anularea adresei nr. 24327/24.08.2022 privind comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, prin care (i) oferta depusă de asociere a fost respinsă ca inacceptabilă; şi (ii) procedura de atribuire a fost anulată, precum şi a oricăror acte interne, anterioare şi/sau subsecvente şi conexe acestuia;

b) obligarea autorităţii contractante la continuarea procedurii de atribuire cu respectarea dispoziţiilor legale în materia achiziţiilor publice, cu consecinţa stabilirii conformităţii şi admisibilităţii ofertei asocierii;

c) suspendarea efectelor comunicării rezultatului procedurii şi a raportului procedurii până la momentul soluţionării definitive a contestaţiei;

d) obligarea autorităţii contractante la plata tuturor cheltuielilor de judecată ocazionate de soluţionarea contestaţiei.

Prin Încheierea nr. …, Consiliul s-a pronunţat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire până la soluţionarea fondului contestaţiei, pe care l-a respins ca ca nefondat.

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, în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, critică decizia autorităţii contractante de a respinge oferta sa, ca inacceptabilă.

În fapt, petenta învederează Consiliului că, prin *Capitolul III.1) Condiţii de participare,* din fişa de date, s-a impus ca: *„Operatorii economici (ofertanţii unici/ofertanţii asociaţi/terţii susţinători/ subcontractanţii) nu trebuie să se regăsească în situaţiile prevăzute la art. 164, 165, 167 din Legea nr. 98/2016 cu modificările şi completările ulterioare. Modalitatea de îndeplinire: Se va completa DUAE în conformitate cu art. 193 alin. (1) din Legea 98/2016, cu modificările şi completările ulterioare [...]".*

Asocierea a depus o ofertă în conformitate cu toate cerinţele impuse prin documentaţia de atribuire.

Prin adresa nr. 381/29.07.2022, autoritatea contractantă a solicitat clarificări cu privire la existenţa documentului constatator nr. 1461/17.05.2021, înregistrat la .....nr. 13315/18.05.2021, respectiv prezentarea de justificări/informaţii/documente edificatoare care să motiveze opţiunea prezentată de asociere în DUAE, raportat la existenţa Documentului constatator emis de .....în cadrul contractului de servicii nr. 944/07.03.2014, având ca obiect servicii de consultanţă pentru supervizarea lucrărilor de execuţie pentru obiectivul de investiţii: *„Execuţie lucrări și prestări servicii proiectare (PTH, DDE și asistenţă tehnică) la obiectivul Consolidare și amenajare scurgere ape DN 55 km 4+400-71+100”.*

Astfel, prin adresa nr. 00426/03.08.2022, contestatoarea a comunicat autorităţii contractante că: *„...societatea ...SRL nu a adus prejudicii autorităţii contractante, ci prejudiciile au fost cauzate de către Antreprenor și recuperate ulterior de la acesta. Documentul constatator negativ a fost emis deoarece societatea noastră ar fi calculat cu întârziere penalităţile datorate de Antreprenor, însă având în vedere că contractul încheiat între ...și .....nu prevedea vreo obligaţie a Inginerului de a calcula penalităţi, SC ...SRL s-a conformat Deciziei Curţii de Apel și de îndată ce a primit hotărârea judecătorească în acest sens, a procedat la calcularea penalităţilor datorate de către Antreprenor, în concluzie, reiterăm faptul că SC ...SRL nu a fost responsabilă pentru prejudicierea Autorităţii Contractante, iar în susţinerea celor menţionate vă ataşăm decizia definifivă prin care instanţa a respins pretenţiile ...".*

În ceea ce privește adresa de comunicare a rezultatului procedurii, contestatoarea apreciază că .....a efectuat o analiză superficială atât a argumentelor expuse prin Răspunsul la solicitarea de clarificare, cât şi a îndeplinirii condiţiilor ce atrag sancţiunea excluderii ofertantului din

cadrul procedurii de atribuire, în temeiul art. 167 alin. (1) pct. g) din Legea nr. 98/2016.

Autoritatea contractantă și-a întemeiat respingerea ofertei doar pe motivele reţinute în cadrul documentului constatator, de altfel, contestate în faţa Tribunalului ..., fără a proceda la o verificare efectivă şi diligentă a condiţiilor necesar a fi îndeplinite şi a argumentelor invocate de SC ...SRL.

În esenţă, prin comunicarea rezultatului procedurii, comisia de evaluare arată că:

- asocierea nu a prezentat dovezi care să arate ce măsuri a luat şi că acestea ar fi suficiente pentru a-şi demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere;

- în fapt, documentul la care face referire asocierea, şi anume Hotărârea Civilă nr. 36/2022 din 06.04.2022, nu are ca obiect atacarea în contencios administrativ a Documentului constatator şi astfel, comisia de evaluare nu a luat în calcul această hotărâre;

- asocierea nu a motivat în niciun fel nedeclararea în cadrul DUAE la secţiunea C: Motive legate de insolvenţă, conflicte de interese sau abateri profesionale/încetare anticipată, daune-interese sau alte sancţiuni comparabile a Documentului constatator.

- în prezent, pe rolul Tribunalului ... se află dosarul nr. 35669/3/2021 având ca obiect anularea Documentului constatator, însă deşi prima instanţă a respins cererea ca inadmisibilă, hotărârea nu este definitivă, iar astfel Documentul constatator şi-ar produce efectele.

În opinia petentei, deşi a procedat în mod formal la solicitarea unei clarificări privind neîncadrarea în motivul de excludere, în realitate, autoritatea contractantă nu a analizat în mod temeinic susţinerile şi dovezile prezentate, motivând respingerea acestora în mod lacunar prin faptul că nu ar fi *„de natură să demonstreze neîncadrarea în situaţia de excludere".* Din motivarea succintă a excluderii ofertei nu reies motivele pentru care informaţiile, justificările şi dovezile furnizate de asociere nu au fost luate în considerare la momentul evaluării ofertei.

Referitor la documentul constatator în cauză, autoarea contestaţiei arată că, la data de 07.11.2013, s-a încheiat contractul de execuţie lucrări nr. 926/07.11.2013, denumit *Execuţie lucrări şi prestări servicii de proiectare (PTH, DDE şi Asistenţă tehnică) la obiectivul: „Consolidare şi amenajare scurgere de ape pe DN55 Km 4+400 - 71+100”*, cu o durată de execuţie iniţială de 18 luni, între ...(fostă ...) - Direcţia Regională de Drumuri şi Poduri ..., în calitate de beneficiar, şi asocierea al cărei lider era ..., în calitate de antreprenor.

În data de 07.03.2014 s-a încheiat, între ...- .....şi SC ...SRL, Contractul de servicii nr. 944/07.03.2014, având ca obiect *servicii de consultanţă pentru supervizarea lucrărilor de execuţie pentru obiectivul de investiţii: „Execuţie lucrări şi prestări servicii proiectare (PTH,DDE şi*

Asistenţă tehnică) la obiectivul Consolidare şi amenajare scurgere ape DN55 km 4+400 - 71+100".

Prin adresa beneficiarului nr. INV1670/10.07.2018, ...a învederat SC ...SRL faptul că Autorizaţia de Construire din 2018 a fost obţinută după expirarea Autorizaţiei de Construire din 2015, astfel încât antreprenorul nu ar fi reuşit să înainteze documentaţia tehnică completă pentru a fi obţinută în timp util autorizaţia pentru restul rămas de executat.

Prin urmare, societăţii SC ...SRL, în calitate de Inginer, i-a fost solicitat să acţioneze potrivit Sub-Clauzei 3.5 (Stabilirea Modului de Soluţionare) pentru a se calcula eventualele penalităţi datorate de către antreprenor beneficiarului.

În acest context, în data de 05.10.2018, SC ...SRL a transmis atât ..., cât şi antreprenorului, adresa nr. 12796/05.10.2018 prin care a comunicat Determinarea Inginerului cu privire la solicitarea aplicării penalităţilor şi a notificat respingerea solicitării beneficiarului.

De asemenea, ...a indicat faptul că *„Prezenta adresă este o înştiinţare de nemulţumire urmând să înaintăm prezenta dispută spre soluţionare de către instanţele judecătoreşti competente din România în conformitate cu sub-clauzele 20.2 şi 20.6 din Condiţii speciale de Contract*"

În acest context, prin acţiunea ce a făcut obiectul dosarului nr. 1517/63/2019, înregistrat pe rolul Tribunalului …., ...a solicitat instanţei obligarea SC ...SRL la calcularea sumelor ce reprezintă penalităţi datorate de antreprenor beneficiarului, aşa cum se prevede la sub-clauza 2.5 (Revendicările Beneficiarului) din Condiţiile Speciale ale Contractului de Lucrări.

Prin Sentinţa nr. 56/19.05.2020, Tribunalul Dolj a respins acţiunea ca neîntemeiată, reţinând în esenţă: (i) *„(...) pârâtei SC ...SRL nu îi pot fi opuse dispoziţii cuprinse într-un contract în care nu figurează ca parte”* și (ii) *„Astfel, nu există nicio dispoziţie contractuală asumată de pârâtă care să justifice obligarea acesteia la a stabili cuantumul penalităţilor considerate de reclamantă că s-ar datora de Antreprenor și în baza unor dispoziţii din Condiţiile Speciale ale Acordului contractual nr. 926/2013 încheiat în urma derulării unei proceduri la care pârâta nu a participat”.*

Împotriva sentinţei Tribunalului …., ...a formulat recurs, astfel că prin Decizia nr. 565/04.12.2020, Curtea de Apel ...a admis recursul şi a dispus obligarea SC ...SRL la calcularea sumelor ce reprezintă penalităţile datorate de Antreprenor, conform sub-clauzei 2.5 (Revendicările Beneficiarului) din Condiţiile Speciale ale Contractului de Lucrări.

În consecinţă, SC ...SRL s-a conformat Deciziei Curţii de Apel şi de îndată ce a primit hotărârea judecătorească, prin adresa nr. 00009/12.02.2021, a procedat la calcularea penalităţilor datorate de Antreprenorul .... Mai mult decât atât, ...a procedat chiar la

recuperarea penalităţilor de întârziere datorate de către Antreprenorul ..., autoritatea contractantă nefiind prejudiciată în niciun mod prin faptul că SC ...SRL a calculat, după Decizia Curţii de Apel, penalităţile datorate de Antreprenorul …..

Astfel, arată petenta, de îndată ce obligaţia de a calcula penalităţi a devenit certă şi exigibilă, s-a conformat acesteia şi a dispus calcularea penalităţilor şi comunicarea acestora către ambele părţi implicate, respectiv Beneficiarul acelui contract şi Antreprenorul ....

În consecinţă, ...a emis Documentul constatator nr. 1461/17.05.2021, înregistrat la .....cu nr. 13315/18.05.2021, în care precizează, printre altele că:

(i) „nerespectarea termenelor contractuale de livrare produse/prestare servicii/executare lucrări din culpă: sancţiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligaţiilor în conformitate cu prevederile art. 11 din contractul de servicii";

(ii) „Prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorităţii contractante pe perioada derulării contractului (dacă este posibilă cuantificarea valorică a acestora): - 83.089,98 lei, reprezentând contravaloare penalităţi conform Art. 11 din Contractul de servicii pentru 722 zile de întârziere."

Ulterior, prin cererea înregistrată pe rolul Tribunalului Dolj sub nr. 6013/63/2021*, ...a solicitat instanţei obligarea SC ...SRL la plata penalităţilor de întârziere pentru calcularea cu întârziere a penalităţilor datorate de către Antreprenor în cadrul Contractului de Lucrări. Astfel, prin încheierea din data de 07.12.2021, Tribunalul Dolj a respins cererea .....pentru obligarea SC ...SRL la plata penalităţilor de întârziere afirmate.

Mai mult, ...a formulat apel (cerere în anulare) împotriva acestei hotărâri judecătorești, astfel încât prin Sentinţa nr. 36/06.04.2022, Tribunalul Dolj a respins cererea .....în mod definitiv, constatând că autoritatea contractantă nu deţine o creanţă împotriva SC ...SRL. În acest sens, instanţa a argumentat:

(i) „Chiar dacă prin decizia Curţii de Apel ..., s-a considerat că debitoarea avea a calcula penalităţi în temeiul sub-clauzei 2.5 din acordul contractual, în privinţa momentului de la care trebuia să fie calculate acestea, prima instanţă a considerat în mod corect că este necesară administrarea unui probatoriu amplu, inclusiv a unei expertize de specialitate...".

(ii) „Prin urmare, în condiţiile în care debitoarea a contestat depăşirea termenului invocat de către creditoare, motivând că inginerul şi-a îndeplinit de îndată obligaţia stabilită prin decizia Curţii de Apel, fiind nevoie de probe suplimentare pentru determinarea îndeplinirii obligaţiilor asumate şi eventual, calcularea unor penalităţi pentru neîndeplinirea lor, nu suntem în prezenţa unei creanţe certe şi exigibile".

Împotriva Documentului constatator, SC ...SRL a formulat acţiune în anulare, cererea fiind înregistrată pe rolul Tribunalului ..., sub nr. 35669/3/2021, ce a fost soluţionată în primă instanţă la data de 31.03.2022, însă hotărârea nu este definitivă în contextul în care încă nu a fost comunicată părţilor pentru a exercita calea de atac a apelului.

Contestatoarea arată că, deși prin răspunsul la solicitarea de clarificări a adus la cunoştinţa autorităţii contractante demersurile de contestare a Documentului constatator, situaţie cunoscută de ..., care este parte în litigii, precum şi motivele de nelegalitate ale acestui act administrativ, ...a preferat să excludă oferta asocierii din procedura de atribuire, fără a oferi o minimă argumentaţie privind acest aspect. Practic, autoritatea contractantă a ignorat cu totul demersurile judiciare promovate, prin care se demonstrează: (i) solicitarea asocierii de suspendare a efectelor Documentului constatator; precum şi (ii) nelegalitatea şi cauzele de nulitate ale acestui act administrativ.

Contestatoarea susţine că excluderea aplicată de către .....se dispune doar atunci când şi dacă respectivul operator economic se face vinovat de erori grave în executarea contractelor de achiziţie publică anterioare, rolul documentului constatator fiind acela de a oferi un indiciu, un punct de plecare autorităţii care, pe baza propriilor diligenţe, trebuie însă să verifice situaţia efectivă în care respectivul operator economic s-a aflat. Simpla existenţă a unui document constatator negativ nu este niciodată suficientă pentru a fundamenta excluderea, cu atât mai puţin atunci când între faptele care au determinat emiterea lui şi operatorul exclus nu se poate stabili o legătură efectivă, probată şi documentată. Excluderea, obligaţia verificării în mod diligent şi prudent a comportamentului efectiv al ofertantului, precum şi obligativitatea aplicării principiului proporţionalităţii de către comisia de evaluare au fost analizate atât la nivel naţional, cât şi european.

Aceasta apreciază relevante următoarele dispoziţii legale care reglementează: (i) posibilitatea autorităţii contractante de a exclude un operator economic din cadrul procedurii de atribuire; (ii) cazurile de anulare a procedurii de atribuire; precum şi (iii) aplicabilitatea principiului proporţionalităţii în cazul constatării unor nereguli minore: art. 2 alin. (2), art. 167, art. 171, art. 212 din Legea nr. 98/2016, art. 146, art. 166 din HG nr. 395/2016, Considerentele Directivei nr. 2014/24/UE (paragraful 101), art. 18 (Principii aplicabile achiziţiilor) din Directiva nr. 2014/24/UE, art. 57 (Motive de excludere) din Directiva nr. 2014/24/UE.

În continuare, contestatoarea prezintă doctrina şi jurisprudenţa relevante în susţinerea faptului că excluderea asocierii din cadrul procedurii de atribuire a fost dispusă în mod nelegal şi netemeinic, fără a fi prezentat raţionamentul autorităţii contractante în baza căruia s-a decis că susţinerile şi dovezile prezentate de asociere nu ar fi suficiente

pentru a proba neîncadrarea acestuia în motivul de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) pct. g) din Legea nr. 101/2016.

În concluzie, petenta învederează următoarele:

- operatorul economic nu este exclus din procedură dacă a furnizat dovezi suficiente pentru a-şi demonstra credibilitatea, în ciuda existenţei unui motiv relevant de excludere. Dacă se consideră că măsurile sunt insuficiente, operatorului economic trebuie să îi fie furnizate motivele respectivei decizii;

- autoritatea are obligaţia de a verifica îndeplinirea cumulativă a două condiţii esenţiale pentru respingerea unui operator economic, respectiv: (a) încălcarea gravă sau repetată a obligaţiilor principale din contract; precum şi (b) încălcările să fi condus fie la încetarea anticipată a contractului, fie la plata de daune interese, fie aplicarea altor sancţiuni specifice.

- excluderea operatorului economic intervine doar dacă încetarea anticipată a contractului s-a produs din circumstanţe imputabile operatorului economic. Per a contrario, încetarea s-a produs din culpa unei alte părţi, operatorul economic nu poate fi exclus din procedura de atribuire;

- autoritatea contractantă are obligaţia de a efectua propria evaluare a respectivului operator, prin examinarea diligentă şi imparţială a elementelor relevante, având în vedere principiul proporţionalităţii; autoritatea poate exclude doar atunci când constată că acest ofertant este răspunzător pentru deficienţele semnificative sau persistente din contractele anterioare;

- prejudiciul produs autorităţii contractante trebuie să fie grav în raport de valoarea contractului , aspect care trebuie dovedit;

- neregulile minore nu conduc la excludere. În aplicare principiului proporţionalităţii, excluderea trebuie evaluată ţinând seama de gravitatea şi circumstanţele particulare ale respectivului operator.

De asemenea, contestatoarea susţine că DUAE a fost completat în mod corect de asociere. Prin DUAE depus în cadrul procedurii de atribuire, asocierea a bifat în mod corect opţiunea „NU” în cadrul secţiunii respective, raportat la următoarele aspecte:

- la data completării DUAE, documentul constatator era deja contestat, soluţia Tribunalului ... nefiind definitivă; documentele şi probatoriul administrat în cadrul acelui demers judiciar reflectând lipsa oricărei culpe a SC ...SRL în modalitatea de executare a contractului de servicii;

- Asocierea cunoştea situaţia sa faţă de implicarea în executarea lucrărilor aferente Contractului de servicii, respectiv faptul că acel contract nu a fost reziliat de către ..., că nicio sancţiune pecuniară nu a fost stabilită în sarcina sa printr-o hotărâre a vreunei instanţe de judecată şi că, raportat la aceste caracteristici concrete, nu avea nici măcar cum să fi greşit în cadrul Contractului de servicii, cu atât mai mult

cu cât Decizia Curţii de Apel ...nu prevedea calcularea penalităţilor în dauna SC ...SRL, ci ca SC ...SRL să calculeze penalităţi de întârziere pe care să le achite Antreprenorul ..., ceea ce s-a şi întâmplat;

- oricum, modalitatea de completare a DUAE reflectă convingerea corectă şi fermă a Asocierii că nu se află în nicio situaţie de excludere care să fi presupus, în prealabil, abateri repetate, grave şi generatoare de prejudicii Beneficiarului; de altfel, ...nu a probat contrariul şi, în consecinţă, nu şi-a fundamentat corect şi legal decizia de respingere a ofertei asocierii.

Totodată, contestatoarea susţine că nu sunt îndeplinite condiţiile pentru excluderea asocierii din cadrul procedurii de atribuire.

Pentru a se dispune excluderea unui ofertant din cadrul procedurii de atribuire în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, trebuie îndeplinite în mod cumulativ două condiţii, respectiv:

- încălcarea de către ofertant în mod grav sau repetat a obligaţiilor principale din contract; și

- încălcările să fi condus fie la încetarea anticipată a contractului, fie la plata de daune - interese, fie la aplicarea altor sancţiuni comparabile.

Aceasta apreciază că asocierea nu şi-a încălcat în mod grav sau repetat obligaţiile sale contractuale.

În primul rând, motivele invocate prin Documentul constatator au fost supuse verificării şi analizei Tribunalului ... anterior emiterii Documentului constatator. Autoritatea nu a aşteptat soluţia ce urma a fi pronunţată în mod definitiv în acest dosar, ci a procedat la emiterea Documentului constatator. O astfel de abordare este abuzivă având în vedere că diferendul era anterior dedus judecăţii, astfel cum chiar părţile au prevăzut prin contractul încheiat.

În al doilea rând, din conţinutul Documentului constatator nu reiese în mod clar şi explicit nicio obligaţie contractuală încălcată de SC ...SRL. Nici prin comunicarea rezultatului procedurii autoritatea contractantă nu aduce o critică efectivă a activităţii contestatoarei. Prin urmare, fără a fi evidenţiate în mod temeinic circumstanţe imputabile asocierii, nu se poate constata faptul că acesta ar fi încălcat în mod repetat obligaţii contractuale, în contextul în care SC ...SRL a procedat de îndată la calcularea penalităţilor datorate de către Antreprenorul ..., după primirea Deciziei Curţii de Apel ....

De asemenea, petenta arată că acel Contract de servicii pentru care s-a emis Documentul constatator nu a încetat anticipat, ca urmare a unei încălcări, de către SC ...SRL, a obligaţiilor sale principale. De altfel, SC ...SRL nu numai că nu a achitat daune-interese şi nu au fost aplicate alte sancţiuni complementare, însă chiar Tribunalul Dolj a stabilit printr-o hotărâre definitivă că la acest moment .....nu deţine nicio creanţă împotriva SC ...SRL, iar autoritatea contractantă a calculat penalităţi de

întârziere în mod arbitrar, fără ca Decizia Curţii de Apel ...să-i permită acest lucru.

Gravele prejudicii produse sau potenţiale nu se prezumă, ci trebuie dovedite de către autoritatea contractantă, iar .....nu a indicat în mod clar şi explicit prejudiciile pretinse.

Din economia dispoziţiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 reiese că aceste prejudicii ar fi trebuit recuperate în mod efectiv de către autoritatea contractantă. Însă, simpla menţiune a unor posibile costuri şi întârzieri nu conduce la plata efectivă a acestora, aşa cum arată şi hotărârile instanţelor.

Astfel, condiţia privind plata unor daune - interese sau alte sancţiuni comparabile nu poate fi reţinută şi imputabilă SC ...SRL.

De asemenea, emiterea facturii de penalităţi şi a raportul privind necesitatea şi oportunitatea emiterii facturii de penalităţii, prin care .....motivează îndeplinirea condiţiei privind plata de daune-interese, nu au fost menţionate în cadrul Documentului constatator. Reiese în mod clar că autoritatea contractantă invocă anumite înscrisuri ce nu au făcut obiectul emiterii Documentul constatator, fără a fi menţionat cel puţin motivul pentru care acestea au fost emise.

De altfel, acesta este singurul argument al autorităţii contractante prin care se susţine aplicarea daunelor-interese, fără a fi probat şi motivat în mod corespunzător.

Prin urmare, petenta consideră că nu sunt îndeplinite condiţiile pentru a se dispune excluderea asocierii din procedurii de atribuire.

Contestatoarea susţine că asocierea a furnizat dovezi suficiente pentru a-şi demonstra credibilitatea.

Prin răspunsul la solicitarea de clarificări, asocierea a arătat şi detaliat toate motivele pentru care nu sunt aplicabile dispoziţiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, precum şi faptul că autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, trebuie să procedeze la o evaluare diligentă și imparţială a comportamentului efectiv, prin raportare la elementele relevante, cu aplicarea principiului proporţionalităţii.

În opinia sa, nemotivarea cauzei pentru care dovezile şi susţinerile asocierii au fost respinse este de natură să-i producă o vătămare suplimentară celei produse de efectul propriu-zis al acesteia; situaţia este de natură a obstrucţiona posibilitatea de a contesta în mod eficient decizia autorităţii contractante în lipsa prezentării efective a raţiunilor care au fundamentat-o. În lipsa motivării, principiile transparenţei şi al asumării răspunderii, care ar trebui să guverneze orice procedură de atribuire sunt afectate atât timp cât destinatarul actului nu este informat cu privire la motivele de fapt şi de drept concrete ce au stat la baza respingerii argumentelor sale.

Autoritatea contractantă a solicitat clarificări formale pe care le-a respins fără nicio explicaţie. Procedând astfel, ...a comis un abuz. Pe

lângă elementele contractuale, vădit ignorate de către ..., se impunea a fi reţinută lipsa de culpă a asocierii în execuţia propriu-zisă a serviciilor. Acest aspect complet ignorat de către .....este dovada faptului că pretinsul său demers de clarificare a ignorat esenţialul, respectiv conduita efectivă a SC ...SRL pe parcursul executării contractului.

Petenta subliniază că principiul proporţionalităţii este încălcat prin excluderea ofertei sale din procedura de atribuire având în vedere că: (i) participarea sa la executarea lucrărilor a fost practic inexistentă; şi oricum (ii) cota de participare era insignifiantă. Concret, asocierea urmează a suporta excluderea din procedura de atribuire pentru o pretinsă neexecutare (contestată) a unei alte entităţi, fără ca activitatea prestată să fi influenţat în vreun fel desfăşurarea şi executarea lucrărilor.

Anularea procedurii de atribuire este o măsură extremă, necesar a fi aplicată strict şi limitativ în acele situaţii în care salvgardarea nu mai este posibilă; refuzul .....de a verifica dacă, în concret, asocierea se face vinovată de vreo abatere contractuală gravă, repetată şi de natură a genera prejudicii nu poate reprezenta un fundament al deciziei de anulare a unei proceduri de atribuire. Astfel, apreciază că principiul eficienţei utilizării fondurilor publice este grav încălcat.

Autoritatea contractantă a procedat la anularea procedurii de atribuire, făcând aplicarea dispoziţiilor art. 212 din Legea nr. 98/2016. Or, motivul care a determinat decizia de anulare, respectiv faptul că nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă nu este întemeiat având în vedere că oferta sa îndeplineşte toate cerinţele documentaţiei de atribuire, singurul motivul pentru care această ofertă a fost exclusă din procedura de atribuire nu respectă dispoziţiile legale.

Petenta mai precizează că, prin excluderea netemeinică şi nelegală a asocierii, autoritatea contractantă a creat o circumstanţă artificială de anulare a procedurii de atribuire, fiind încălcat principiul asumării răspunderii prevăzut la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Totodată, autoritatea contractantă avea obligaţia de a verifica temeinicia excluderii ofertei asocierii şi prin prisma faptului că era singura ofertă depusă în cadrul procedurii de atribuire. Or, nici măcar posibilitatea de a salvgarda atribuirea contractului nu a motivat autoritatea contractantă să procedeze la o evaluare imparţială şi corectă a motivelor de excludere a asocierii, preferând ca sub pretextul existenţei Documentului constatator să anuleze o procedură de atribuire a cărei organizare, derulare şi verificare a presupus implicarea unor importante resurse financiare şi logistice pentru fiecare dintre părţi. În condiţiile în care conduita efectivă a SC ...SRL în privinţa contractului anterior nu a fost verificată, a fost ignorată lipsa culpei în execuţia efectivă a lucrărilor, în condiţiile în care erau contestate toate temeiurile emiterii Documentului constatator şi Documentul constatator însuşi, iar efectele acestuia trebuia suspendate, demersul de excludere a singurei oferte, cu consecinţa anulării întregii proceduri de atribuire este un abuz.

Contestatoarea apreciază că minime diligenţe din partea autorităţii contractante ar fi relevat realitatea, asocierea nu poate fi sancţionată prin excludere pentru fapte pe care nu le-a comis, pentru pretinse executări necorespunzătoare ale unor lucrări în a căror executare nu a fost implicat şi mai înainte de a avea, măcar, şansa unei judecăţi finale asupra pretinselor temeiuri de răspundere contractuală aflate pe rolul Tribunalului .... Măsura anulării procedurii este cu atât mai gravă cu cât, din perspectiva eficienţei utilizării fondurilor publice, autoritatea a permis organizarea, verificarea şi parcurgerea tuturor etapelor de evaluare a ofertei asocierii pentru ca, în final, sub pretextul unei clarificări formale, să anuleze procedura de atribuire.

Autoritatea contractantă a transmis documentele necesare în soluţionarea contestaţiei, atașat punctului de vedere nr. 25739/08.09.2022, înregistrat la Consiliu cu nr. 45224/12.09.2022, prin care solicită respingerea acesteia ca neîntemeiată și nefondată, pentru următoarele motive:

...SA (fosta ... SA), prin ..., a semnat contractul de servicii nr. 944/07.03.2014 *„Prestări servicii de consultanţă pentru supervizarea lucrărilor de proiectare și execuţie pentru obiectivul Execuţie lucrări și prestări servicii de proiectare (PTH, DDE și Asistenţă tehnică) la obiectivul Consolidare şi amenajare scurgere ape DN 55 km 4+400-71+100”*, în valoare de 239.000,00 lei, fără TVA, cu SC ...SRL – Inginer.

Atribuţiile Prestatorului, conform contractului, cuprindeau și: *„În cazul în care, consultantul nu reuşeşte să-și execute obligaţiile asumate prin prezentul contract, achizitorul va calcula și factura, ca penalităţi, o sumă echivalentă cu 0,05% pentru fiecare zi de întârziere din valoarea obligaţiei nerealizate până la îndeplinirea efectivă a întârzierilor...”.*

Totodată, ...SA, prin ..., a semnat Acordul contractual nr. 926/07.11.2013 - *Execuţie lucrări şi prestări servicii de proiectare (PTH, DDE şi Asistenţă tehnică) la obiectivul: „Consolidare şi amenajare scurgere ape pe DN 55 km 4+400- km 71+100”*, în valoare de 60.180.891,82 lei fără TVA, cu Asociaţia ... Societa Edile Construzioni e Lavori SA (lider de asociere), SC ... ROMANIA SRL (asociat) și INGENIERIA ESPECIALIZADA OBRA CIVIL E INDUSTRIAL SA (asociat) - Antreprenor.

Motivat de faptul că Antreprenorul a înregistrat o slabă mobilizare în teren, Inginerul SC ...SRL a procedat la aplicarea de penalităţi intermediare, efectuând un calcul de penalităţi în valoare de 5.913.962,86 lei, fără TVA, în conformitate cu Acordul contractual nr. 926/07.11.2013, respectiv:

- sub - clauza 8.7. Penalităţi de întârziere: *„Dacă Antreprenorul nu reuşeşte să respecte prevederile Sub-Clauzei 8.2 [Durata de Execuţie], Antreprenorul va plăti Beneficiarului penalităţi de întârziere, în conformitate cu prevederile Sub-Clauzei 2.5 [Revendicările Beneficiarului]. Penalităţile de întârziere vor constitui suma menţionată*

în „Anexa la Ofertă", care va fi plătită pentru fiecare zi de întârziere înregistrată între Data de Terminare contractuală şi data specificată în Certificatul de Recepţie la Terminarea Lucrărilor. Suma totală datorată, potrivit prevederilor acestei Sub-Clauze, nu va putea depăşi suma maximă aferentă penalităţilor de întârziere (dacă exista), prevăzută în „Anexa la Ofertă". Aceste penalităţi nu vor exonera Antreprenorul de obligaţia de a termina Lucrările sau de alte sarcini, obligaţii sau responsabilităţi pe care le are conform prevederilor Contractului".

- sub - clauza 8.3. Programul de Execuţie: *„În condiţiile în care Antreprenorul nu va remite orice program în termenul stabilit în Contract, se va aplica o sancţiune echivalentă cu cea indicată în „Anexa la Ofertă" începând cu data la care programul ar fi trebuit remis şi până la data la care un program corespunzător este remis".*

- sub-clauza 2.5. Revendicările Beneficiarului: *„Sumele prevăzute în contract şi în Anexa la oferta, cu titlul de penalităţi, datorate de Antreprenor Beneficiarului, vor fi calculate de Inginer şi aprobate de Beneficiar şi vor fi facturate separat Antreprenorului".*

Astfel, având în vedere că Antreprenorul nu s-a mobilizat în teren, nu a asigurat resursele, utilajele și forţa de muncă necesare desfășurării lucrărilor și nu a executat lucrări conform program de execuţie și conform bugetelor alocate.

.....a înștiinţat Antreprenorul (spre știinta și Inginerul) că tergiversarea în mod nejustificat și repetat a executării și finalizării lucrărilor poate conduce la evenimente neprevăzute (accidente rutiere soldate cu victime omeneşti, degradări accentuate ale structurilor de rezistenţă, degradări ale lucrărilor deja executate, punerea în pericol a traficului rutier), evenimente de care Antreprenorul este direct răspunzător.

Termenul de finalizare a lucrărilor conform acord contractual și acte adiţionale a fost până la 03.08.2019. D.R.D.P. ...a încasat suma de 5.913.962,86 lei prin executarea Scrisorii de garanţie bancară de bună execuţie nr. 137/19.11.2013, aferentă acordului contractual pentru execuţie lucrări, emisă de Banca Comercială INTESA SANPAOLO ROMANIA SA, și a acţionat în conformitate cu clauzele acordului contractual sub-clauza 4.2. Garanţia de Bună Execuţie și Anexa nr. 1 Anexa la oferta și a solicitat Antreprenorului reîntregirea la valoarea de 10% din valoarea de contract acceptată în lei fără TVA și respectiv ca Garanţia de Bună Execuţie să fie valabilă şi în vigoare până la execuţia şi terminarea Lucrărilor de către Antreprenor şi remedierea oricăror defecţiuni (conform adresa nr. 25633/05.10.2020).

Beneficiarul a transmis ÎNŞTIINŢARE DE REZILIERE a Acordului contractual nr. 926/07.11.2013, având ca obiect Execuţie lucrări şi prestări servicii de proiectare (PTH, DDE şi Asistenţă tehnică) la obiectivul *„Consolidare şi amenajare scurgere ape pe DN55 km 4+400-km 71+100",* în conformitate cu prevederile *Sub-clauzei 15.2. Rezilierea*

Contractului de către Beneficiar, (a), (b), (c)-(i) din Condiţiile speciale ale contractului:

a) nu reuşeşte să respecte prevederile Sub-Clauzei 4.2 [Garanţia de Bună Execuţie] sau cerinţele unei înştiinţări potrivit prevederilor Sub-Clauzei 15.1 [înştiinţarea de Remediere],

b) abandonează Lucrările sau demonstrează în alt fel intenţia de a nu continua îndeplinirea obligaţiilor din cadrul Contractului,

c) nu reuşeşte, fără justificări rezonabile:

(i) să realizeze lucrările în conformitate cu prevederile Clauzei 8 [începerea, întârzierea şi Suspendarea Lucrărilor],

În oricare din aceste evenimente sau circumstanţe, Beneficiarul, în termen de 14 zile de la transmiterea unei înştiinţări către Antreprenor, are dreptul să rezilieze contractul, rezilierea operând de plin drept fără nicio altă notificare prealabilă, fără încuviinţarea vreunei instanţe judecătoreşti și/sau arbitrale şi fără a mai fi necesară îndeplinirea vreunei alte formalităţi şi să evacueze Antreprenorul de pe Şantier.

Opţiunea Beneficiarului de a rezilia Contractul nu va prejudicia niciun alt drept al Beneficiarului prevăzut în Contract sau alt drept.

În continuare, Beneficiarul a transmis adresa Inginerului pentru predarea bunurilor/documentelor Antreprenorului și acţionarea în conformitate cu sub-clauzele acordului contractual cu privire la calcularea de penalităţi pentru perioada de la 28.05.2020 până în prezent și, de asemenea, stabilirea modului de îndeplinire a graficului de execuţie lucrări al Antreprenorului, grafic aprobat de Inginer.

Având în vedere rezilierea acordului contractual nr. 926/07.11.2013 aferent obiectivului de investiţii din referinţa și adresa Antreprenorului nr. DN55/459/08.12.2020/MN, ...a procedat la aplicarea de penalităţi și a acţionat în conformitate cu sub-clauza 15.4. Plata după Rezilierea de către Beneficiar - (c), privind recuperarea de la antreprenor a pierderilor și daunelor suportate de către Beneficiar:

- În conformitate cu adresa Inginerului S.C. ...S.R.L. nr. 1576/24.12.2020 (anexată), ...a procedat la aplicarea de penalităţi de întârziere aferente perioadei 28.05.2020 - 14.11.2020 în valoare de 5.133.439,84 lei.

De asemenea, D.R.D.P. ...a procedat la aplicarea de penalităţi de întârziere în valoare de 2.221.488,58 lei, urmare a finalizării Dosarului nr. 1517/63/2019, în sensul admiterii acţiunii, obiectul dosarului constând în obligarea pârâtului S.C. ...S.R.L. la calculul de penalităţi conform sub-clauzei 2.5. din cadrul Acordului Contractual 926/2013.

Aplicarea de penalităţi este conform clauzelor contractuale, deoarece Antreprenorul nu a înaintat documentaţia tehnică în timp util în vederea obţinerii Autorizaţiei de Construire pentru rest de executat. Valabilitatea Autorizaţiei de Construire nr. 035/06.07.2015 era 10.01.2018. A fost obţinută Autorizaţia de Construire pentru rest de executat nr. 28/29.05.2018, în condiţiile în care lucrările de execuţie

puteau fi reluate începând cu data de 15.03.2018. De regulă, perioada de timp friguros este 15.11 - 15.03 ale fiecărui an, fiind definită în cadrul contractului. Atunci când condiţiile meteorologice permit executarea lucrărilor, acestea nu vor fi sistate de către beneficiar prin emiterea unui ordin în acest sens către antreprenor. Programul alocat pentru anul 2018 a fost comunicat de Beneficiar cu adresa nr. 8146/02.04.2018, iar Autorizaţia de Construire pentru rest de executat a fost obţinută în data de 29.05.2018. De asemenea, ...a solicitat Antreprenorului transmiterea de urgenţă a completărilor solicitate de Ministerul Transporturilor, cu precizarea că prezentarea unei documentaţii incomplete nu poate fi considerată întârziere cauzată de Autorităţi (adresele .....nr. 8143/02.04.2018, 8851/12.04.2018 și 11044/08.05.2018).

În conformitate cu adresa nr. 0009/12.01.2021, Inginerul a transmis calculul pentru penalităţi în vederea facturării către Antreprenor, pentru întreaga perioadă cuprinsă între 15.03.2018 (data stabilită prin programul de execuţie pentru reluare execuţie lucrări) - 29.05.2018 (data obţinerii Autorizaţiei de Construire pentru rest de executat) în valoare de: 60.040.232,02 lei x 0,05 % / zi x 74 zile = 2.221.488,58 lei, fără TVA. Autoritatea precizează că .....a corectat eroarea de tehnoredactare a SC ...SRL, din adresa nr. 0009/12.01.2021, respectiv corectată data 29.05.2018 (tehnoredactare greşită 25.05.2017), conform adresa SC ...SRL nr. 00020/18.01.2021 și respectiv corectat eroarea de tehnoredactare la valoare respectiv 2.221.488,58 lei în loc de 2.221.448,58 lei.

.....a acţionat în conformitate cu sub-clauza 15.4. Plata după Rezilierea de către Beneficiar-(c), privind recuperarea de la antreprenor a pierderilor și daunelor suportate de către Beneficiar. Beneficiarul a întocmit factura către Antreprenor pentru recuperarea pierderilor suportate, respectiv pentru Servicii de consultanţă pentru supervizarea lucrărilor la obiectiv, în valoare de 8.401,60 lei fără TVA, reprezentând contravaloarea facturii întocmită de SC ...SRL pentru servicii de consultanţă în perioada 03.08.2020 - 10.12.2020.

Aplicarea de penalităţi în valoare de 2.221.488,58 lei, a fost realizată urmare a finalizării Dosarului nr. 1517/63/2019, în sensul admiterii acţiunii, obiectul dosarului constând în obligarea pârâtului SC ...SRL la calculul de penalităţi conform sub-clauzei 2.5. din cadrul Acordului Contractual 926/2013, conform calculului efectuat de Inginer SC ...SRL cu adresele nr. 0009/12.01.2021 și nr. 00020/18.01.2021;

A fost întocmită factura către Antreprenor în valoare de 8.401,60 lei fără TVA, reprezentând contravaloarea facturii întocmită de SC ...SRL pentru servicii de consultanţă în perioada 03.08.2020 - 10.12.2020, în conformitate cu sub-clauza 15.4. Plata după Rezilierea de către Beneficiar-(c), privind recuperarea de la Antreprenor a pierderilor și daunelor suportate de către Beneficiar.

În plus, autoritatea contractantă precizează că ... SA a chemat în judecată pe ...SA prin .....pentru prelungirea duratei de execuţie, încheiere act adiţional prelungire termen, solicitare ajustare preţ contractual și anularea demersurilor de aplicare a penalităţilor contractuale. Prin Sentinţa nr. 209/2020, Tribunalul Dolj a respins apelul reclamantei ... SA ca fiind nefondat, sentinţa fiind definitivă conform Deciziei nr. 620/2020 din 10.12.2020, emisă de Curtea de Apel ....

Prin adresa nr. 976/27.05.2020, Inginerul SC ...SRL a transmis Beneficiarului calculul de penalităţi, privind depășirea termenului contractual aferent obiectivului din referinţă, neluând în considerare și perioada cuprinsă între 24.09.2019 - 15.03.2020 (173 zile).

Prin adresa nr. 1576/24.12.2020, Inginerul SC ...SRL transmite Beneficiarului, conform sub-clauzei 3.5. stabilirea modului de soluţionare, prin care se comunică faptul că Antreprenorul va plăti Beneficiarului penalităţi de întârziere pentru obiectivului din referinţa pentru perioada 28.05.2020-14.11.2020 (171 zile), neluând în considerare și perioada cuprinsă între 15.11.2020 - 10.12.2020 (25 zile), data de 10.12.2020 fiind data rezilierii acordului contractual nr. 926/07.11.2013.

Prin adresa nr. 9159/02.04.2021, ...a solicitat SC ...SRL transmiterea, de urgenţă, a calculului de penalităţi în vederea facturării către Antreprenor, în conformitate cu sub-clauza 8.7. Penalităţi de întârziere: *„Dacă Antreprenorul nu reuşeşte să respecte prevederile Sub-Clauzei 8.2 [Durata de Execuţie], Antreprenorul va plăti Beneficiarului penalităţi de întârziere, în conformitate cu prevederile Sub-Clauzei 2.5 [Revendicările Beneficiarului], Penalităţile de întârziere vor constitui suma menţionată în „Anexa la Oferta", care va fi plătită pentru fiecare zi de întârziere înregistrată între Data de Terminare contractuală şi data specificată în Certificatul de Recepţie la Terminarea Lucrărilor. Suma totală datorată, potrivit prevederilor acestei Sub-Clauze, nu va putea depăşi suma maximă aferentă penalităţilor de întârziere (dacă exista), prevăzută în „Anexa la Ofertă".*

În conformitate cu art. 2.5 din Acordul contractual nr. 926/07.11.2013 - Condiţii speciale „Revendicările beneficiarului" din – *„Sumele prevăzute în contract și în Anexa la oferta, cu titlu de penalităţi, datorate de Antreprenor Beneficiarului, vor fi calculate de Inginer și aprobate de Beneficiar și vor fi facturate separat Antreprenorului".*

Prin adresa nr. 34600/21.12.2018, ...a înaintat către Inginer SC ...SRL Înștiinţarea de nemulţumire sub-clauza 20.2 din Acordul contractual nr. 926/07.11.2015, reiterând faptul că Beneficiarul nu este mulţumit de răspunsul Inginerului, acesta nereușind să rezolve amiabil o divergenţă contractuală (transmitere calcul de penalităţi în vederea facturării către Antreprenor) - *Beneficiarul și Antreprenorul vor face toate eforturile pentru a rezolva pe cale amiabilă, prin tratative directe, orice neînţelegere sau dispută care se poate ivi între ei în cadrul sau în*

legătură cu îndeplinirea contractului. Dacă, după 15 de zile de la începerea acestor tratative neoficiale, o Parte nu este mulţumită de rezultatul tratativelor nereușind să rezolve în mod amiabil o divergenţă contractuală sau dacă nu s-a emis niciun proces verbal de conciliere, Partea respectivă poate transmite, în termen de 28 de zile de la primirea procesului verbal de conciliere sau de la expirarea timpului necesar emiterii procesului verbal de conciliere, o înştiintare de nemulţumire cu referire la această Sub-Clauză și poate solicita ca disputa să se soluţioneze de către instanţele judecătoreşti competente din România". Termenul de 28 de zile a expirat în data de 19.01.2019, Inginerul transmiţând adresa nr. 0009 în data de 12.01.2021, referitoare la aplicarea de penalităţi conform Hotărârii Judecătoreşti nr. 565/04.12.2020.

Prin adresa nr. 9420/06.04.2021, ...a transmis către SC ...SRL notificare emitere pretenţii asupra garanţiei de bună execuţie, cu explicitarea calculului de penalităţi de la termenul la care trebuia ca Inginerul să transmită un răspuns (19.01.2019) și până la primirea răspunsului (12.01.2021 - adresa Inginer nr. 0009/12.01.2021), astfel: 0,05% x 722 zile de întârziere x 230.166,14 lei fără TVA = 83.089,98 lei.

A fost întocmită factura de penalităţi nr. CV214/06.04.2021, în valoare de 83.089,98 lei.

Prin adresele nr. 00155 și nr. 00174/14.04.2021, Inginerul a comunicat că nu este de acord cu notificările Beneficiarului și a returnat factura de penalităţi nr. CV214/06.04.2021.

Prin adresa nr. 11604/27.04.2021, ...a retransmis factura de penalităţi nr. CV214/06.04.2021, cu precizarea că în conformitate cu clauzele contractuale - art. 11.4 lit. j): *„în caz de neexecutare culpabilă din vina consultantului a obligaţiilor prevăzute la art. 9 și art. 13, atunci când cuantumul penalităţilor de întârziere este mai mare de 10% din preţul contractului, achizitorul este îndreptăţit să considere contractul desfiinţat de drept, fără a mai fi necesară punerea în întârziere a consultantului, fără încuviinţarea vreunei instanţe judecătoreşti și/sau arbitrale și fără a mai fi necesară îndeplinirea vreunei formalităţi prealabile. În această situaţie, consultantul nu este îndreptăţit să solicite niciun fel de daune sau alte sume pe care s-ar considera îndreptăţit să le primească ca urmare a rezilierii contractului potrivit acestei clauze".*

Prin adresa nr. 00251/13.05.2021, ...SRL a restituit din nou factura de penalităţi nr. CV214/06.04.2021.

Ulterior, a fost emis Documentul constatator nr. 1461/22.2/17.05.2021 referitor la îndeplinirea obligaţiilor contractuale, autoritatea contractantă susţinând că a respectat prevederile HG 925/2006 art. 971 cu modificările si completările ulterioare (HG 934/22.07.2009).

Prin adresa nr. 13316/18.05.2021, ...a retransmis factura de penalităţi nr. CV214/06.04.2021. A fost solicitat către Direcţia Economica

a .....demararea procedurii pentru recuperarea sumelor datorate în conformitate cu factura de penalităţi nr. CV214/06.04.2021 în valoare de 83.089,98 lei reprezentând contravaloare penalităţi - adresa nr. 14140/25.05.2021.

La data de 16.06.2021, a fost încasată, în contul curent al ..., suma de 9.207,44 lei reprezentând executare garanţie de bună execuţie aferentă contractului de servicii nr. 944/07.03.2014, în conformitate cu adresa Serv. Financiar și salarizare nr. 27/17.06.2021.

Autoritatea contractantă precizează că procedura privind recuperarea sumelor rămase din contravaloarea facturii de penalităţi în valoare de 83.089,98 lei, se află în derulare, luând în considerare faptul că s-a încasat doar suma de 9.207,44 lei.

Prin adresa nr. 570/04.11.2021, înregistrată la secretariatul .....cu nr. 31698/05.11.2021, SC ...SRL a înaintat plângere prealabilă împotriva Documentului constatator nr. 1461/22.2/17.05.2021.

Prin adresa nr. 32446/11.11.2021, ...a comunicat răspunsul său către SC ...SRL, referitor la plângerea acestuia, precizând că își menţine Documentul constatator nr. 1461/22.2/17.05.2021.

Autoritatea contractantă învederează că documentul constatator a fost înaintat către SC ...SRL prin adresa nr. 13423/18.05.2021, adresă care a fost primită în data de 20.05.2021, iar pârâta a formulat plângere prealabilă în data de 04.11.2021, cu mult peste termenul legal de 60 de zile, iar motivele invocate de pârâtă cu privire la necunoaşterea emiterii documentului constatator nu pot fi reţinute pe considerentele invocate și dovedite cu dovada primirii acestuia.

Referitor la procedura în cauză, aceasta arată că s-a constatat existenţa Documentului constatator nr. 1461/22.2/17.05.2021 emis de ...SA - .....nr. 13315/18.05.2021.

Astfel, comisia de evaluare a constatat că ofertantul nu a menţionat în cadrul DUAE documentul constatator nr. 1461/22.2/17.05.2021, emis de ...SA - .....nr. 13315/18.05.2021, în care se precizează că respectivul contract nu a fost îndeplinit în mod corespunzător, stabilindu-se penalităţi în cuantum de 83.089,98 lei.

Având în vedere existenţa documentului constatator nr. 1461/22.2/17.05.2021 emis de ...SA - .....cu nr. 13315/18.05.2021 și totodată, pentru a lua o decizie cu privire la încadrarea sau nu a respectivului document în prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din cadrul Legii nr. 98/2016, comisia de evaluare a procedat la analiza îndeplinirii condiţiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege, astfel cum prevede art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016.

În acest sens, comisia de evaluare, în conformitate cu prevederile art. 171 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, a luat hotărârea de a-i da dreptul ofertantului să prezinte dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-şi demonstra în concret credibilitatea prin raportare la Documentul constator nr. 1461/22.2/17.05.2021 emis

de ...SA - .....cu nr. 13315/18.05.2021, astfel cum sunt definite la art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, comisia de evaluare a solicitat ofertantului clarificări prin adresa nr. 381/29.07.2022, acesta răspunzând prin adresa nr. 426/03.08.2022, astfel:

„Ca urmare a solicitării 381/29.07.2022, vă transmitem răspunsul nostru:

1. Menţionăm că societatea ...SRL nu a adus prejudicii Autoritatii Contractante, ci prejudiciile au fost cauzate de către Antreprenor și recuperate ulterior de la acesta.

Documentul constatator negativ a fost emis deoarece societatea noastră ar fi calculat cu întârziere penalităţile datorate de Antreprenor, însă având în vedere că contractul încheiat între ...și .....nu prevedea vreo obligaţie a inginerului de a calcula penalităţi, SC ...SRL s-a conformat Deciziei Curţii de Apel și de îndată ce a primit hotărârea judecătorească în acest sens, a procedat la calcularea penalităţilor datorate de către Antreprenor.

În concluzie, reiterăm faptul că SC ...SRL nu a fost responsabilă pentru prejudicierea Autorităţii Contractante, iar în susţinerea celor menţionate vă ataşăm decizia definitivă prin care instanţa a respins pretenţiile ...”. Ofertantul a ataşat Hotararea Civilă nr. 36/2022 din data de 06.04.2022.

Comisia de evaluare a analizat răspunsul ofertantului și a constatat că ofertantul nu a prezentat dovezi care să arate ce măsuri a luat și că aceste măsuri luate ar fi suficiente pentru a-şi demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere, astfel cum prevede art. 171 alin. (1) din Legea nr. 98/2016. Comisia de evaluare a constatat că, în fapt, documentul la care face trimitere ofertantul, și anume Hotărârea Civilă nr. 36/2022 din data de 06.04.2022, nu are ca obiect atacarea în contencios administrativ a Documentului constator nr. 1461/22.2/17.05.2021 emis de ...SA - .....cu nr. 13315/18.05.2021, și astfel, comisia de evaluare nu a luat în considerare respectiva hotărâre civilă.

Mai mult, ofertantul nu a motivat în niciun fel nedeclararea în cadrul DUAE la secţiunea C: Motive legate de insolvenţă, conflicte de interese sau abateri profesionale/încetare anticipată, daune-interese sau alte sancţiuni comparabile a Documentului constatator nr. 1461/22.2/17.05.2021, astfel cum i s-a solicitat. Or, în prezent se află pe rolul instanţei Tribunalului ... dosarul nr. 35669/3/2021, având ca obiect executare contract administrativ, în care s-a respins cererea. Având în vedere că soluţia Tribunalului nu este definitivă, Documentul constatator nr. 1461/22.2./17.05.2021 produce efecte.

În concluzie, autoritatea contractantă susţine că a procedat la excluderea din procedură a ofertei depuse de ofertantul Asocierea SC ...SRL & SC ...SRL - ...(asociat), cu subcontractanţii SC PROTELCO

SA, SC DANAVI SRL, SC GEO-SERV SRL, întrucât oferta se încadrează în prevederile art. 167 din Legea nr. 98/2016 și s-au avut în vedere și dispoziţiile art. 169 din acelaşi act normativ.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 48740/04.10.2022, contestatoarea a depus concluzii scrise, prin care solicită:

a) anularea adresei nr. 24327/24.08.2022 privind comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, prin care (i) oferta depusă de asociere a fost respinsă ca inacceptabilă; şi (ii) procedura de atribuire a fost anulată, precum şi a oricăror acte interne, anterioare şi/sau subsecvente şi conexe acestuia;

b) obligarea autorităţii contractante la continuarea procedurii de atribuire cu respectarea dispoziţiilor legale în materia achiziţiilor publice, cu consecinţa stabilirii conformităţii şi admisibilităţii ofertei asocierii;

c) obligarea autorităţii contractante la plata tuturor cheltuielilor de judecată ocazionate de soluţionarea contestaţiei, respectiv a onorariului de avocat în cuantum de 11.713,41 lei, conform dovezilor atașate.

În cadrul concluziilor scrise, contestatoarea reiterează criticile din contestaţie.

Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 61^1 alin. (2^1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208368102/1 din 02.09.2022, în valoare de 25.211 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria, la data de 02.09.2022.

Cauţiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61^1 alin. (5) și (6) din Legea nr. 101/2016.

Din analiza susţinerilor părţilor şi a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reţine cele ce urmează:

... SA prin DIRECȚIA REGIONALĂ DE DRUMURI ȘI PODURI ..., în calitate de autoritate contractantă, a publicat în SEAP anunțul de participare CN1043795 în data de 16.06.2022 privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului având ca obiect *„Prestări servicii de proiectare constând în elaborare Studiu de Fezabilitate, Pth de execuție inclusiv PAC, Detalii de execuție, asigurarea Asistenței Tehnice pe parcursul exe. de lucrări și în perioada de garanție a lucrărilor executate pentru obiectivul de investiție DRUM DE LEGĂTURĂ PENTRU SPORIREA CAPACITĂȚII DE TRAFIC ÎNTRE DN6 (ZONA UZINEI ...) ȘI DRUMUL EXPRES ...(TRONSONUL 1)”.* Valoarea estimată a procedurii de atribuire este de 1.260.504,00 lei, fără TVA, termen stabilit pentru depunerea ofertelor 25.07.2022, ora 15:00. Criteriul de atribuire *„Cel mai bun raport preț calitate”.*

Potrivit Procesului verbal al ședinței de vizualizare a ofertelor nr. 21634/26.07.2022, în cadrul procedurii de atribuire a fost depusă o

singură ofertă, respectiv oferta Asocierii SC ...SRL – SC ...SRL – SC ...SRL prin lider al asocierii SC ...SRL.

După finalizarea procedurii, comisia de evaluare a întocmit raportul procedurii de atribuire înregistrat sub nr. 24249/23.08.2022, rezultatul acesteia fiind comunicat contestatoarei cu adresa nr. 24327/24.08.2022.

Prin contestația formulată împotriva acestui rezultat, SC ...SRL critică decizia autorității contractante de a exclude din cadrul procedurii de atribuire oferta depusă de Asocierea din care face parte, invocând faptul că autoritatea contractantă a comis un abuz.

În susținerea contestației, SC ...SRL arată că excluderea se dispune doar atunci când și dacă respectivul operator economic se face vinovat de erori grave în executarea contractelor de achiziție publică anterioare, rolul documentului constatator fiind acela de a oferi un indiciu, un punct de plecare autorității contractante care trebuie să verifice situația efectivă în care respectivul operator economic s-a aflat.

Contestatoarea arată că simpla existență a unui document constatator negativ nu este niciodată suficientă pentru a fundamenta excluderea, cu atât mai puțin atunci când între faptele care au determinat emiterea lui și operatorul exclus nu se poate stabili o legătură efectivă, probată și documentată.

Analizând motivele pentru care oferta Asocierii SC ...SRL – SC ...SRL – SC ...SRL a fost exclusă din procedura de atribuire, Consiliul constată că prin adresa nr. 24327/24.08.2022 autoritatea contractantă a comunicat acesteia, detaliat, aspectele care au condus la luarea acestei decizii, respectiv:

„În conformitate cu prevederile art. 215 alin. 1 din LG 98/2016, prin prezenta vă informăm că în urma evaluării ofertelor depuse la procedura mai sus menționată, oferta depusă de dumneavoastră a fost respinsă în conformitate cu prevederile art. 137 alin. 1 din OUG nr. 395/2016 actualizată, deoarece aceasta afost declrată ca inacceptabilă în baza art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare coroborat cu prevederile art. 167 alin. (10 lit. g), art. 167 alin. (8) art. 169 din Legea nr.98/2016 actualizată, astfel cum rezultă din Raportul procedurii de atribuire nr. 24249/23.08.2022 aprobat de reprezentantul legal al ....

Mai specific, oferta prezentată de ofertantul pe care îl reprezentați a fost respinsă din următoarele motive:

Comisia de evaluare exclude din procedură oferta depusă de Asocierea SC ...SRL & SC ...S.R.L. – ...(asociat) cu subcontractanții: SC ... SA; SC ... SRL; SC ... SRL întrucât oferta se încadrează în prevederile art. 167 alin. 1 lit. g coroborat cu art. 167 alin. 8 din Legea 98/2016 (actualizată) și s-au avut în vedere și dispozițiile art. 169 din același act normativ.

Ref. Motive de excludere referitoare la procedura de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, în DUAE ofertantul a bifat: Încetarea anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile – NU.

Urmare a verificării SICAP s-a constatat existența unui Document constatator nr. 1461/22.2/17.05.2021 emis de ...SA-.....nr. 13315/18.05.2021.

1.Astfel, comisia de evaluare a constatat că nu ați menționat în cadrul DUAE documentul constatator nr. 1461/22.2/17.05.2021 emis de ...SA-.....nr.

13315/18.05.2021, în care se precizează faptul că contractul nu a fost îndeplinit în mod corespunzător, stabilindu-se penalități în cuantum de 83.089,98 lei.

2.Având în vedere existența documentului constatator nr. 1461/22.2/17.05.2021 emis de ...SA – .....cu nr. 13315/18.05.2021 și totodată, pentru a lua o decizie cu privire la încadrarea sau nu a respectivului document în prevederile art. 167 alin. 1 lit.g) din cadrul Legii nr. 98/2016 (actualizată), comisia de evaluare a procedat la naliza îndeplinirii condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege, astfel cum prevede art. 166 alin. 8 din HG nr. 395/2016 (actualizată).

În acest sens, comisia de evaluare, în conformitate cu prevederile art. 171 alin. 1 din Legea nr.98/2016 (actualizată), a luat hotărârea de a vă da dreptul să prezentați dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a demonstra în concret credibilitatea prin raportare la Documentul constatator nr. 1461/22.2/17.05.2021 emis de ...SA – .....cu nr. 13315/18.05.2021, astfel cum sunt definite la art. 171 alin. 3 din Legea nr. 98/2016 (actualizată).

Astfel, comisia de evaluare v-a solicitat clarificări prin Adresa nr. 381/29.07.2022.

La solicitarea de clarificări ați răspuns prin Adresa nr. 426/03.08.2022, astfel:

«Ca urmare a solicitării 381/29.07.2022, vă transmitem răspunsul nostru:

1.Menționăm că societatea ...SRL nu a adus prejudicii Autorității Contractante, ci prejudiciile au fost cauzate de către Antreprenor și recupetate ulterior de la acesta.

Documentul constatator negativ a fost emis deoarece societatea noastră ar fi calculat cu întârziere penalitățile datorate de Antreprenor, însă având în vedere că contractul încheiat între ...și .....nu prevedea vreo obligație a inginerului de a calcula penalități, SC ...SRL s-a conformat Deciziei Curții de Apel și de îndată ce a primit hotărârea judecătorească în acest sens, a procedat la calcularea penalităților datorate de către Antreprenor.

În concluzie, reiterăm faptul că SC ...SRL nu a fost responsabilă pentru prejudicierea Autorității Contractante, iar în susținerea celor menționate vă atașăm decizia definitivă prin care instanța a respins pretențiile ...».

Atașând și Hotărârea Civilă nr. 36/2022 din data de 06.04.2022.

Comisi e evaluare a procedat la analiza răspunsului dvoastră și a constatat că nu ați prezentat dovezi care să arate ce măsuri ați luat și că aceste măsuri luate ar fi suficiente pentru a demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere, astfel cum prevede art. 171 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 (actualizată).

Comisia de evaluare a constatat că, în fapt, documentul la care faceți trimitere și anume Hotărârea Civilă nr. 36/2022 din data de 06.04.2022 nu are ca obiect atacarea în contencios admisnitrativ a Documentului constatator nr. 1461/22.2/17.05.2021 emis de ...SA – .....cu nr. 13315/18.05.2021 și astfel, comisia de evaluare nu a luat în considerare respectiva hotărâre civilă.

Mai mult, nu ați motivat în nicun fel nedeclararea în cadrul DUAE la secțiunea C: Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale/Încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile a Documentului constatator nr. 1461/22.2/17.05.2021, astfel cum vi s-a solicitat.

Nota: În prezent se află pe rolul instanței Tribunalului ... dosarul nr. 35669/3/2021, având ca obiect executare contract administrativ, în care s-a respins cererea. Având în vedere că soluția Tribunalului nu este definitivă, Documentul constatator nr. 1461/22.2/17.05.2021, la data prezentei, produce efecte.

În concluzie, comisia de evaluare exclude din procedură oferta depusă de Asocierea SC ...SRL & SC ...S.R.L. – ...(asociat) cu subcontractanții: SC .... SA; SC ... SRL; SC .... SRL întrucât oferta se încadrează în prevederile art. 167 alin. 1 lit.g coroborat cu art 167 alin. 8 din Legea 98/2016 (actualizată) și s-au avut în vedere și dispozițiile art. 169 din același act normativ.

Având în vedere faptul că nu au fost depuse oferte admisibile, comisia de evaluare a hotărât Anularea procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică având ca obiect: «Prestări servicii de proiectare constând în elaborare Studiu de Fezabilitate, Proiect tehnic de execuție incusiv PAC, Detalii de execursie, asigurarea Asistenței Tehnice pe parcursul execuției de lucrări și în perioada de garanție a lucrărilor executate pentru obiectivul de investiție DRUM DE LEGĂTURĂ PENTRU SPORIREA CAPACITĂȚII DE TRAFIC ÎNTRE ...(ZONA UZINEI ....) ȘI DRUMUL EXPRES ...– .... (TRONSONUL 1)», în baza art. 212 alin. (1), litera (a) din Legea 98/2016, cu modificările și completările ulterioare.

În baza acestor aspecte comisia a considerat că oferta trebuie respinsă în baza art. 137 alin.(1) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare ca inacceptabilă în baza art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare".

Potrivit raportului procedurii de atribuire nr. 24249/23.08.2022, oferta depusă de Asocierea SC ...SRL – SC ...SRL – SC ...SRL a fost respinsă întrucât *„se încadrează în prevederile art. 167 alin.1 lit.g coroborat cu art. 167 alin.8 din Legea 98/2016 (actualizată) și s-au avut în vedere și dispozițiile art. 169 din același act normativ",* decizie care se dovedește întemeiată, pentru considerentele prezentate mai jos. În acest sens, Consiliul are în vedere că informațiile și documentele depuse de acest ofertant au condus, în mod corect, la concluzia încadrării acestuia în situațiile de excludere de la art. 167 din lege.

Astfel, analizând prevederile documentației de atribuire și documentele conținute de oferta Asocierii SC ...SRL, Consiliul constată că potrivit fișei de date a achiziției, cap. 1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului, autoritatea contractantă a stabilit astfel:

„Cerința nr. 1

Ofertanții (membrii asocierii, dacă este cazul), terți susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, art. 165, art. 167 din Legea nr. 98/2016.

Modalitatea de îndeplinire:

Se va completa DUAE în conformitate cu art. 193 alin. (1) din Legea 98/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Documetele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE, urmează a fi prezentate, la solicitarea autorității contractante/entității contractante, doar ofertantului clasat pe primul loc în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor".

În Formularul DUAE, SC ...SRL a menționat *„NU"* la punctul C: MOTIVE LEGATE DE INSOLVENȚĂ, CONFLICT DE INTERESE SAU ABATERI PROFESIONALE, pentru toate motivele de excludere.

Legat de motivul de respingere a ofertelor contestatoarei, Consiliul constată că în etapa de verificare a informațiilor cuprinse în DUAE, autoritatea contractantă a considerat necesar să solicite acesteia unele clarificări, așa cum rezultă din informațiile consemnate în procesul verbal nr.21935/29.07.2022.

Astfel, prin adresa nr. 381/29.07.2022 autoritatea contractantă a solicitat ofertantului următoarele:

„Referitor la Partea III: «Motive de excludere referitoare la procedura de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, pct. – Încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile» - din cadru DUAE: - Încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile – NU;

1.Comisia de evaluare a constatat că nu ați menționat în cadrul DUAE Documentul constatator nr. 1461/22.2/17.05.2021 emis de ...SA – .....nr. 13315/18.05.2021, în care se precizează faptul că contractul nu a fost îndeplinit în mod corespunzător, stabilindu-se penalități în cuantum de 83.089,98 lei.

Astfel, comisia de evaluare vă solicită să clarificați cele constatate.

2.Comisia de evaluare, în conformitate cu prevederile art. 171 alin. 1 din Legea nr. 98/2016 (actualizată), a luat hotărârea de a vă da dreptul să prezentați dovezi care să arate că măsurile luate de dvoastră sunt suficiente pentru a demonstra în concret credibilitatea prin raportare la Documentul constatator nr. 1461/22.2/17.05.2021 emis de ...SA – .....cu nr. 13315/18.05.2021, astfel cum sunt definite la art. 171 alin. 3 din Legea nr. 98/2016 (actualizată)".

Contestatoarea a răspuns solicitării prin adresa nr. 00426/03.08.2022 prin care arată că:

„1.Menționăm că societatea ...S.R.L. nu a adus prejudicii Autorității Contractante ci prejudiciile au fost cauzate de către Antreprenor și recuperate ulterior de la acesta.

Documentul constatator negativ a fost emis deoarece societatea noastră ar fi calculat cu întârziere penalitățile datorate de Antreprenor, însă având în vedere că contractul încheiat între ...și .....nu prevedea vreo obligație a Inginerului de a calcula penalități, S.C. ...S.R.L. s-a conformat Deciziei Curții de Apel și de îndată ce a primit hotărârea judecătorească în acest sens, a procedat la penalități datorate de către Antreprenor.

În concluzie, reiterăm faptul că S.C. ...S.R.L. nu a fost responsabilă pentru prejudicierea Autorității Contractante, iar în susținerea celor menționate vă atașăm decizia definitivă prin care instanța a respins pretențiile DRPD ...".

În soluționarea cauzei, Consiliul are în vedere că există un istoric al unei colaborării anterioare dintre autoritatea contractantă și contestatoare, care a precedat emiterii documentului constatator nr. 1461/22.2/17.05.2021. În acest sens, Consiliul constată că s-a derulat Contractul de servicii nr. 944/07.03.2014 având ca obiect *„Prestări servicii de consultanță pentru supervizarea lucrărilor de proiectare și execuție pentru obiectivul Execuție lucrări și prestări servicii de proiectare (PTH, DDE ȘI Asistență tehnică) la obiectivul Consolidare și amenajare scurgere ape DN 55 km 4+400 – 71+100",* executantul lucrărilor fiind Antreprenorul Asocierea ... ... – SC ... România SRL-... SA („...").

Ca urmare a neîndeplinirii clauzelor contractuale, Antreprenorul ... a adus prejudicii autorității contractante, așa cum confirmă și contestatoarea, aceasta din urmă, în calitate de Inginer, fiind obligată la calcularea penalităților către Antreprenor, activitate pe care nu a îndeplinit-o, motiv pentru care a fost chemată în judecată. Cererea de chemare în judecată a avut ca obiect *„obligația de a face",* cu privire la care Curtea de Apel ...s-a pronunțat prin Decizia nr. 565 din data de 04.12.2020, în sensul că:

„Obligă pârâta să calculeze sumele ce reprezintă penalitățile datorate de antreprenorul SC ... Edile Construzione e Lavori SpA beneficiar ...SA prin ..., conform sub-clauzei 2.5 – Revendicările

beneficiarului din Condițiile speciale la Acordul Contractual nr. 926/07.11.2013".

După pronunțarea instanței autoritatea contractantă a solicitat contestatoarei cu adresa nr. 9159/02.04.2021 transmiterea, de urgență, a calculului penalităților în vederea facturării către Antreprenor.

Totodată, autoritatea contractantă a transmis contestatoarei cu adresa nr. 9420/06.04.2021 notificare asupra garanției de bună execuție, cu prezentarea calculului de penalități de la termenul la care trebuia ca Inginerul să transmită un răspuns (19.01.2019) și până la primirea răspunsului (12.01.2021 – adresa Inginerului nr. 0009/12.01.2021), fiind emisă în acest sens factura de penalități nr. CV-OP3214/06.04.2021, în valoare de 83.089,98 lei.

Contestatoarea a răspuns autorității contractante timițând *„Notificare", „Prin care vă aducem la cunoștință că Societatea noastră consideră sumele prevăzute în Factura de penalități seria CV nr. OP3214 din data de 05.04.2021 ca fiind nedatorate și pe cale de consecință societatea noastră returnează factura în cauză și o restituie în original către dvs., alăturat prezentei Notificări"* și returnând factura.

Factura a fost retransmisă de către autoritatea contractantă cu adresa nr. 11604/27.04.2021, aceasta fiind din nou returnată cu adresa nr. 00251/13.05.2021, după cum susține autoritatea contractantă prin punctul de vedere.

În acest context a fost emis de către autoritatea contractantă ...– ...Documentul constatator nr. 1461/22.2/17.05.2021 și comunicat contestatoarei cu adresa nr. 13432/18.05.2021.

Consiliul constată că împotriva Documentului constatator nr. 1461/22.2/17.05.2021 emis de ...SA – .....cu nr. 13315/18.05.2021 contestatoarea a formulat cerere de anulare la Tribunalul ... ce a făcut obiectul dosarului nr. 35669/3/2021, în care instanța s-a pronunțat prin Hotărârea nr. 642 din data de 31.03.2022, astfel:

„Soluția pe scurt: Admite excepția inadmisibilități cererii, pentru neîndeplinirea procedurii prealabile. Respinge cererea, ca inadmisibilă. Cu drept de apel în termen de 10 zile de la comunicare", nefiind pronunțată o decizie definitivă, iar în primă instanță actul a fost menținut ca temeinic și legal prin respingerea cererii, indiferent dacă a fost respinsă pe excepție sau fondul cauzei.

Potrivit art. 166 din HG nr. 395/2016, *„(1) Autoritatea contractantă are obligaţia de a emite documente constatatoare care conţin informaţii referitoare la îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea obligaţiilor contractuale de către contractant/contractant asociat şi, dacă este cazul, la eventualele prejudicii, după cum urmează:*

a) pentru contractele de furnizare atribuite printr-o procedură de atribuire: în termen de 14 zile de la data finalizării livrării produselor care fac obiectul respectivului contract/contract subsecvent şi, suplimentar, în

termen de 14 zile de la data expirării perioadei de garanţie tehnică a produselor în cauză; (…)

(2) În situaţia prevăzută la art. 144 alin. (1), documentul constatator se emite în termen de 14 zile de la data la care ar fi trebuit încheiat contractul de achiziţie public/acordul-cadru, dacă ofertantul nu ar fi refuzat semnarea acestuia, sau de la data de la care a fost reziliat acesta, în cazul în care există contract semnat.

(3) Autoritatea contractantă are următoarele obligaţii:

a) să elibereze un exemplar al documentului constatator contractantului;

b) să păstreze un exemplar la dosarul achiziţiei publice.

(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".

Consiliul consideră că autoritatea contractantă are o marjă de apreciere largă în ceea ce privește selectarea operatorilor economici. Astfel, contrar susținerilor contestatoarei, că în ceea ce privește incidența motivelor de excludere prevăzute la art. 167 din Legea nr. 98/2016, în practica judiciară s-a cristalizat opinia conform căreia un operator economic aflat în situațiile prevăzute la articolul respectiv poate să fie/să nu fie exclus din procedura de atribuire în măsura în care furnizează dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea, aceste dovezi referindu-se, printre altele, 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. În acest sens, se apreciază că autoritatea contractantă care va organiza procedura de atribuire, la care operatorul economic în discuție dorește să participe, **este singura în măsură să analizeze situația concretă, în baza documentelor depuse și a clarificărilor solicitate, dacă este cazul, și să decidă în consecință.**

Astfel, Consiliul reține relevanța în cauză a următoarelor dispoziții legale:

- art. 167 din Legea nr. 98/2016 *„(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situaţii:*

c) a comis o abatere profesională gravă care îi pune în discuţie integritatea, iar autoritatea contractantă poate demonstra acest lucru prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi o decizie a unei instanţe judecătoreşti sau a unei autorităţi administrative;

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 de achiziţii sectoriale sau al unui contract de

concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancţiuni comparabile;

h) operatorul economic s-a făcut vinovat de declaraţii false în conţinutul informaţiilor transmise la solicitarea autorităţii contractante în scopul verificării absenţei motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare şi selecţie, nu a prezentat aceste informaţii sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate;

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

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

(3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situaţiile prevăzute la art. 164 şi 167 le poate furniza autorităţii contractante, în sensul prevederilor alin. (1), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plăţii sau la asumarea de către operatorul economic a obligaţiei de plată a despăgubirilor în ceea ce priveşte eventualele prejudicii cauzate printr-o infracţiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor şi împrejurărilor în care a fost comisă infracţiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autorităţile care efectuează investigaţia, şi la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete şi adecvate la nivel tehnic, organizaţional şi în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele şi organizaţiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control şi raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispoziţiilor legale şi a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea şi plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârşirea unor noi infracţiuni sau alte fapte ilicite.

(3^1) Autoritatea contractantă evaluează măsurile luate de operatorii economici şi dovedite în conformitate cu prevederile alin. (3), ţinând seama de gravitatea şi circumstanţele particulare ale infracţiunii sau abaterii avute în vedere.

(3^2) În cazul în care măsurile prevăzute la alin. (3^1) 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.

(4) În cazul în care operatorului economic i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanţe de judecată măsura interdicţiei de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziţie publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune, care produce efecte în România, prevederile alin. (1) - (3) nu sunt aplicabile pe toată perioada de excludere stabilită prin respectiva hotărâre.

(5) În cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanţe de judecată măsura interdicţiei de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziţie publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situaţiile de excludere prevăzute la art. 164 şi 167 nu se aplică:

a) dacă, în cazul faptelor prevăzute la art. 164, a expirat o perioadă de 5 ani de la data hotărârii definitive de condamnare;

b) dacă, în cazul situaţiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariţiei situaţiei, săvârşirii faptei sau producerii evenimentului relevant".

- art. 57 alin. 4 lit. c) şi alin. (5) din Directiva 2014/24/UE privind achiziţiile publice, care stipulează:

„(4) Autorităţile contractante pot exclude sau statele membre le pot solicita acestora să excludă de la participarea la o procedură de achiziţie publică orice operator economic aflat în oricare din următoarele situaţii: (...)

(c) dacă autoritatea contractantă poate demonstra prin mijloace adecvate că operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă, care pune sub semnul întrebării integritatea sa; (...)

g) dacă operatorul economic a dat dovadă de deficienţe semnificative sau persistente la îndeplinirea unei cerinţe de fond prevăzute de un contract de achiziţii publice anterior, de un contract anterior încheiat cu o entitate contractantă sau de un contract de concesiune anterior care au dus la încetarea anticipată a respectivului contract anterior, daune-interese sau alte sancţiuni comparabile;

(5) în orice moment în cursul procedurii, autorităţile contractante pot să excludă sau statele membre le pot solicita să excludă un operator economic în cazul în care se constată că operatorul economic se află, având în vedere faptele comise sau omise, fie înainte, fie în cursul procedurii, în una dintre situaţiile menţionate la alineatul (4)."

Consiliul reține că autoritatea contractantă a verificat incidența motivului de excludere în baza documentului constatator, reținând, pe larg, în adresa de comunicare a rezultatului procedurii faptul că încălcările grave și repetate a obligațiilor principale ce-i reveneau în cadrul contractului de prestări servicii nr. 944/07.03.2014, au condus la emiterea Documentului constatator și stabilirea în sarcina ofertantului SC ...SRL a sumei de 83.089,98 lei, reprezentând contravaloare penalități. În ceea ce privește lipsa culpei sale ci că prejudiciile *„au fost*

cauzate de către Antreprenor și recuperate ulterior", reprezintă o chestiune lipsită de relevanță raportat la motivul emiterii Documentului constatator, respectiv ***„neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor în conformitate cu prevederile Art. 11 din contractul de servicii" nr. 944/07.03.2014***, încheiat între contestatoarea SC ...SRL și emitentul documentului ...SA – ..., document care constituie motiv de excludere din prezenta procedură de atribuire a contestatoarei.

Astfel, potrivit dispozițiilor legale incidente, **autoritatea contractantă dispune de un drept de apreciere în ceea ce priveşte excluderea din procedură, în cazul incidenţei situaţiile prevăzute la art. 164, 167 autoritatea contractantă fiind singura responsabilă pentru modul de atribuire a contractului, în aplicarea principiului asumării răspunderii. Dispoziţiile enunţate stabilesc dreptul de apreciere al autorităţii contractante în ceea ce priveşte măsura excluderii, în situaţia concretă din fiecare speţă, şi, atâta timp cât acest drept de apreciere se exercită în limitele impuse de lege şi cu respectarea principiilor de atribuire a contractelor de achiziții, nu poate fi apreciat ca abuziv**.

În acest sens, Consiliul reține relevanța în cauză și a practicii **....,** unde Curtea decide că articolul 57 alineatul (4) literele (c) și (g) din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE trebuie interpretat în sensul că se opune unei reglementări naționale în temeiul căreia introducerea unei acțiuni în justiție împotriva deciziei de reziliere a unui contract de achiziții publice luate de o autoritate contractantă ca urmare a unor deficiențe semnificative survenite în timpul executării sale împiedică autoritatea contractantă care lansează o nouă cerere de ofertă să facă vreo apreciere, în faza de selecție a ofertanților, cu privire la fiabilitatea operatorului vizat de această reziliere.

„34 Astfel cum s-a arătat la punctul 28 din prezenta hotărâre, reiese din textul articolului 57 alineatul (4) din Directiva 2014/24 că ***legiuitorul Uniunii a intenționat să încredințeze autorității contractante, și doar acesteia, în faza de selecție a ofertanților, sarcina de a aprecia dacă un candidat sau un ofertant trebuie să fie exclus de la o procedură de achiziții publice.***

38. Astfel, puterea de apreciere pe care articolul 57 alineatul (4) din Directiva 2014/24 o conferă autorității contractante este paralizată prin simplul fapt al introducerii de către un candidat sau un ofertant a unei acțiuni îndreptate împotriva rezilierii unui contract anterior de achiziții publice al cărui semnatar era, chiar dacă comportamentul său a părut suficient de deficient pentru a justifica această reziliere.

40. Astfel, această directivă inovează în special prin consacrarea, la articolul 57 alineatul (6), a mecanismului măsurilor corective (self-cleaning). Acest sistem, care se aplică operatorilor economici care nu au

fost excluși printr-o hotărâre definitivă, urmărește să încurajeze un operator economic care se află într-una din situațiile menționate la articolul 57 alineatul (4) din directiva respectivă, să furnizeze dovezi pentru a atesta că măsurile luate sunt suficiente pentru a dovedi fiabilitatea sa, în ciuda existenței unei cauze de excludere facultative pertinente. Dacă aceste dovezi sunt considerate suficiente, operatorul economic în cauză nu trebuie să fie exclus din procedura de achiziții. În acest scop, operatorul economic trebuie să dovedească că a plătit sau s-a angajat să plătească o compensație în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate prin infracțiune sau prin abatere, că a clarificat complet faptele și împrejurările, cooperând activ cu autoritățile însărcinate cu investigația, și că a luat măsuri concrete la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, adecvate pentru a preveni orice noi infracțiuni sau abateri".

Astfel, din conținutul răspunsurilor la solicitările de clarificări și chiar din conținutul contestației, nu rezultă că ofertantul contestator a înțeles motivele pentru care a fost reținută culpa sa pentru *„penalități conform Art.11 din Contractul de servicii pentru 722 zile de întârziere"*, așa cum s-a consemnat în documentul constatator, ci dimpotrivă, invocă culpa Antreprenorului cât și a autorității contractante care a emis acest document și a exclus oferta sa din procedura de atribuire, în condițiile în care *„S.C. ...S.R.L. s-a conformat Deciziei Curții de Apel și de îndată ce a primit hotărârea judecătorească în acest sens, a procedat la calcularea penalităților datorate de către Antreprenor",* Contestatoarea invocă de asemenea, nefondat, în răspunsul transmis autorității contractante că nu era prevăzut în contractul de prestări servicii încheiat între societatea sa și autoritatea contractată *„vreo obligație a Inginerului de a calcula penalități".*

Consiliul constată că ofertantul SC ...SRL nu a achitat din proprie inițiativă suma respectivă, pentru a dovedi conformarea.

Așa cum rezultă din prevederile legale citate mai sus, autoritatea contractantă are un drept de apreciere asupra situației de fapt, or aceasta a solicitat clarificări și a motivat pertinent și concludent decizia de respingere a ofertei, răspunsurile date de ofertantul contestator nefiind în măsură să dovedească credibilitatea.

Cum în cauză, autoritatea a verificat diligent toate informațiile furnizate de SC ...SRL, Consiliul reține că aceasta și-a exercitat dreptul de apreciere corect, în limitele legii, prin urmare, criticile referitoare la excluderea ofertei sale din procedură vor fi respinse.

În ceea ce privește al doilea motiv de excludere a ofertei precizat în adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, respectiv omisiunea de a motiva în DUAE Documentul constatator nr. 1461/22.2/17.05.2021, Consiliul reține că bifarea greșită a mențiunilor „da" sau „nu" din cadrul DUAE nu poate fi asimilată falsului în declarații. Această interpretare se impune cu atât mai mult cu cât autoritatea

cunoștea existența deciziei respective, Documentul constatator fiind emis chiar de ea, ori bifarea greșită nu a împiedicat-o să verifice incidența acestui motiv de excludere și solicitarea clarificărilor aferente.

Prin urmare, văzând că a verificat incidența acestui motiv de excludere, iar ofertanta respectivă nu a depus justificări și explicații pertinente, văzând că practica europeană și națională sunt în sensul în care autoritatea contractantă este singura în măsură să aprecieze asupra incidenței acestor motive de excludere, Consiliul reține că sunt nefondate criticile contestatoarei și pe acest aspect.

Astfel, luând în considerare aspectele de fapt și de drept mai sus prezentate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ...SRL, în contradictoriu cu ... SA prin ….. ...și menține decizia de anulare a procedurii de atribuire.

Ca urmare a deciziei luate, Consiliul va respinge ca nefondat și capătul de cerere privind obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de SC ...SRL, în contradictoriu cu …. prin …. ...și menține decizia de anulare a procedurii de atribuire.

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

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

PREŞEDINTE, MEMBRU, MEMBRU,
….

Redactată în 4 exemplare, conţine 30 (treizeci) pagini.