CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

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

DECIZIE

Nr. ..... / ..... / .....
Data: .....

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SA, cu sediul în ....., ……. ..... – ……., ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului ..... şi Cod Unic de Înregistrare ....., privind procedura de atribuire, prin licitație deschisă cu etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție având ca obiect „.....”, cod CPV 48600000-4 – Pachete software pentru baze de date și operare (Rev. 2), organizată de ..... SA, cu sediul în ....., ..., județul ....., în calitate de entitate contractantă, s-au solicitat:

„- ...../03.04..... și a măsurii – dispuse și comunicate pe calea acesteia – de respingere a ofertei subscrisei ca inacceptabilă în temeiul art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016;

- anularea oricăror acte subsecvente actului atacat, inclusiv, dar fără a se limita la, anularea raportului procedurii și a comunicărilor privind rezultatul procedurii;

- anularea adresei prin care oferta depusă de …….. SRL a fost declarată câștigătoare;

- obligarea …… la reevaluarea ofertei subscrisei ca urmare a admiterii capetelor de cerere precedente .”

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul SC ..... SA critică decizia entității contractante, conform căreia oferta sa a fost declarată inacceptabilă, în baza prevederilor art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă.

În preambulul contestației sale, autorul acesteia prezintă un scurt istoric al procedurii, arătând că oferta sa a fost respinsă, ca inacceptabilă, pentru următoarele motive:

- prin Decizia nr. ……./18.07.2017, emisă de către Consiliul Concurenței, ofertantul SC ..... SA a fost sancționat cu amendă pentru încălcarea dispozițiilor art. 5 alin. (1) lit. c) din Legea Concurenței nr. 21/1996 și art. 101 alin. (1) din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene, prin realizarea unei practici de împărțire a pieței de către ……. și SC ..... SA, în cadrul procedurii de achiziție publică „servicii de extindere și dezvoltare a sistemului informatic al Agenției de Plăți și Intervenție pentru Agricultură", organizată de ……., în anul 2008;

- ofertantul, în mod repetat și-a încălcat obligațiile contractuale în cadrul mai multor contracte încheiate cu diverse autorități contractante, comportament care creează îndoieli serioase cu privire la credibilitatea sa.

În urma evaluării documentelor depuse, comisia de evaluare a concluzionat că oferta SC ..... SA se încadrează în motivele de excludere de la art. 180 alin. (1) lit. c) și lit. g), precum și alin. (6) din Legea nr. 99/2016, oferta SC ..... SA fiind respinsă, ca inacceptabilă, raportat la art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016.

În fapt, arată contestatorul, entitatea contractantă a menționat că dovezile prezentate de societatea sa pentru a demonstra integritatea și credibilitatea în ceea ce privește neîncadrarea în motivele de excludere de la art. 180 alin. (1) lit. c) și lit. g) din Legea nr. 99/2016, respectiv: amendarea contestatorului de către Consiliului Concurenței în 2017 pentru o faptă din 2008, precum și plata unor penalități de întârziere contractuale, sunt insuficiente, comisia de evaluare concluzionând că aceste două situații ar reprezenta cazuri de excludere a SC ..... SA din procedură.

Contrar celor reținute de entitatea contractantă, contestatorul apreciază că dovezile prezentate de societatea sa sunt veridice, edificatoare şi îi demonstrează credibilitatea în raport cu cele două cazuri de excludere, care nu i se aplică, iar pretinsa faptă anticoncurențială,

care ar fi fost comisă în 2008 şi care a fost sancționată, printr-o decizie nedefinitivă, de Consiliul Concurentei, în 2017, nu reprezintă caz de excludere din procedură, deoarece:

(i) legislația în vigoare în anul 2008, data săvârșirii pretinsei fapte anticoncurențiale, nu sancționa cu excluderea participării la licitații publice o asemenea faptă, în lipsa unei decizii definitive a unei instanțe de judecată;

(ii) decizia Consiliului Concurenței nu este definitivă; hotărârea emisă de Curtea de Apel ....., prin care s-a menținut decizia atacată, urmând a fi atacată pe calea recursului, după primirea motivării de la instanță;

(iii) au trecut trei ani de la data săvârșirii pretinsei fapte anticoncurențiale (trei ani este termenul maxim pentru care un operator economic poate fi exclus de la proceduri de achiziții publice);

(iv) societatea sa a implementat măsuri ferme de prevenție a unor eventuale fapte anticoncurențiale, aspect recunoscut şi de Consiliul Concurenţei, ceea ce se circumscrie sferei măsurilor de self-cleaning.

De asemenea, apreciază că plata de penalități de întârziere (agreate contractual) nu reprezintă caz de excludere din procedură, în special în situația în care contractul respectiv a fost finalizat corespunzător şi, evident, fără provocarea de prejudicii, aspect confirmat de respectivele autorități contractante.

În susținerea afirmațiilor sale, contestatorul expune informațiile prezentate în formularul DUAE, făcând referire și la clarificările primite din partea comisiei de evaluare, subliniind totodată faptul că, în răspunsul transmis prin adresa nr. 6078/08.11.2018, societatea sa a prezentat argumente privind neîncadrarea ofertei …….. în situațiile de excludere prevăzute la art. 180 alin. (1), lit. c), g) şi h) din Legea nr. 99/2016, însoțite de documentele solicitate, în măsură, în opinia sa, să îi demonstreze credibilitatea.

Cu referire la situația aplicării cazului de excludere prevăzut la art. 180 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016, privind abaterea profesională gravă, contestatorul consideră că nici acesta nu este incident ofertei sale, având în vedere faptul că decizia Consiliului Concurenței nu este definitivă, nici la data depunerii ofertei în cadrul acestei proceduri de achiziţie, şi nici în prezent, nefiind parcurse toate căile jurisdicționale de atac în dosarul prin care a solicitat anularea acestei decizii. Interpretând prevederile art. 180 alin. (1) lit c) în coroborare cu prevederile Constituţiei României, contestatorul apreciază că singura interpretare, în acord cu principiile constituţionale, a acestui text de lege, este aceea că referirea la "*decizia unei autorităţi administrative*" este făcută la un asemenea act în forma lui definitivă. În eventualitatea în care s-ar ajunge la o interpretare contrară - respectiv că excluderea, în temeiul art. 180 alin. (1) lit. c), ar opera şi în situaţia unei decizii nedefinitive – contestatorul arată că, în virtutea principiilor constituţionale generale,

legea dispune numai pentru viitor şi nu se aplică retroactiv. Referitor la același aspect, în virtutea aceluiași principiu, contestatorul susține că nu este permisă aplicarea sancţiunilor şi restrângerilor drepturilor introduse de Legea nr. 99/2016 unor situaţii produse anterior intrării acesteia în vigoare, în condiţiile în care, la data apariţiei acestor evenimente, ele erau sancţionate în mod diferit de legislaţia în vigoare la acea dată.

Prin urmare, în analiza aplicării sancţiunii administrative (în acest caz, excluderea) celei mai favorabile, în eventualitatea în care art. 180 alin. (1) lit c) din Legea nr. 99/2016 ar fi interpretat ca fiind aplicabil şi în cazul unei decizii/hotărâri nedefinitive, contestatorul consideră că se aplică ultraactiv prevederile art. 181 lit. d) din OUG nr. 34/2006 - în vigoare la data săvârşirii pretinsei fapte - text de lege care condiţionează orice decizie în ceea ce priveşte excluderea de existenţa unei "*hotărâri definitive a unei instanţe judecătoreşti*".

Un alt motiv care, în opinia contestatorului, infirmă decizia de respingere a ofertei sale, este reprezentat de faptul că, de la data săvârşirii pretinselor fapte anticoncurenţiale, a expirat termenul de 3 ani prevăzut de art. 184 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 99/2016, ca termen de reabilitare.

În cazul de faţă, chiar dacă pretinsa încălcare a prevederilor concurenţiale din anul 2008 ar reprezenta un caz de excludere în baza Legii nr. 99/2016, în opinia contestatorului, sancţiunea excluderii nu mai poate fi aplicată în prezent, întrucât termenul de 3 ani de la data săvârşirii faptei s-a împlinit în anul 2011. În concret, având în vedere faptul că pretinsa încălcare invocată de Consiliul Concurenţei a avut loc în anul 2008, deci cu 10 ani în urmă faţă de prezenta procedură, contestatorul susține că orice potenţială situaţie de excludere reglementată de art. 180 cu privire la acest tip de incident, nu mai este aplicabilă.

Mai mult, contestatorul susține că societatea sa poate participa la proceduri de achiziţie publică, furnizând dovada credibilităţii sale (procedura self cleaning). În acest sens, arată că a implementat un program de conformare cu legislaţia concurenţială, luând măsuri concrete la nivel organizaţional şi în materie de instruire specifică a personalului. Acest program de conformare cu legislaţia concurenţială a fost analizat inclusiv de către Consiliul Concurenţei şi acceptat de acesta, fiind considerat adecvat şi luat în considerare drept circumstanţă atenuantă la stabilirea sancţiunii.

Astfel, apreciază că, fără să fie într-un caz de excludere care să necesite demonstrarea credibilităţii sale, toate eforturile SIVECO se încadrează în măsurile descrise de prevederile art. 184 alin. (1) - (3) din Legea nr. 99/2016, demonstrând, în concret, credibilitatea prin raportare la cerinţele Legii nr. 99/2016, măsuri pe care entitatea contractantă a ales să le ignore în mod neîntemeiat şi fără nicio justificare concretă şi argumentată.

Conform celor prezentate comisiei de evaluare prin răspunsul din data de 08.11.2018, contestatorul menționează că a întărit sistemele de control interne şi procedurile deja existente şi a făcut eforturi substanţiale pentru a evita orice risc de încălcare a dispoziţiilor legale în materia concurenţei. Mai mult, arată că, la nivelul companiei, există un program de conformare cu legislaţia în materia concurenţei şi a fost implementat un Ghid de Etică şi un Manual Anticorupţie, care sunt parte din regulile interne ale companiei şi care conţin un set clar de valori, principii, proceduri şi reguli de conduită ce trebuie respectate de toţi angajaţii companiei în derularea activităţii curente şi în relaţia cu clienţii, partenerii, consultanţii, furnizorii companiei precum şi cu oricare alte terţe părţi. Membrii ai Departamentului Juridic al Companiei, precum şi avocaţi independenţi, au derulat sesiuni de instruire cu angajaţii societăţii care au contact direct cu clienţii, în cursul cărora au fost prezentate elementele cheie ale politicilor companiei privind Etica, politicile Anticorupţie şi politicile în materia concurenţei. Aspecte relevante privind expunerea Companiei şi a angajaţilor săi în cazul încălcării dispoziţiilor legale şi politicilor interne privind Etica, Anticorupţia şi Concurenţa au fost prezentate şi explicate.

Suplimentar, contestatorul subliniază faptul că a plătit amenda stabilită de Consiliul Concurenţei, chiar şi în condiţiile în care nu recunoaşte pretinsa încălcare a regulilor de concurenţă, manifestând bună credinţă şi deplina colaborare cu autorităţile publice.

Faţă de aspectele menţionate anterior, în măsura în care decizia Consiliului Concurenţei ar rămâne definitivă, chiar dacă evenimentul la care se referă s-ar fi produs în intervalul de timp prevăzut de art. 184 alin. (5) din Legea nr. 99/2016, contestatorul apreciază că oricum sunt aplicabile prevederile art. 184 alin. (1) - (3) din Legea nr. 99/2016, societatea sa luând toate măsurile necesare pentru a-și demonstra, în concret, credibilitatea prin raportare la susţinerile Consiliului Concurenţei din decizia antemenţionată.

Prin urmare, concluzionează că, în mod neîntemeiat şi nejustificat, entitatea contractantă a apreciat insuficiente dovezile prezentate privind demonstrarea în concret a credibilității și integrității în raport cu prevederile art. 184 alin. (1)-(3) din Legea nr. 99/2016.

În ceea ce privește cazul de excludere prevăzut la art. 180 alin. (1) lit. g) și alin. (6) din Legea nr. 99/2016, contestatorul arată, pe de o parte, că față de acest motiv de respingere, entitatea nu a prezentat niciun argument concret, iar, pe de altă parte, că, prin răspunsul său la solicitarea de clarificări din data de 08.11.2018, a explicat că penalitățile contractuale nu reprezintă prejudiciu în sensul art. 180 alin. (1), lit. c) şi alin. (6) din Legea nr. 99/2016. În acest sens, a precizat că toate contractele au fost finalizate în mod corespunzător, cu respectarea cerinţelor caietului de sarcini, niciun contract de achiziție publică încheiat

de ….. nu a fost reziliat din culpa sa și că, în conformitate cu documentele constatatoare, …… nu a produs prejudicii vreunei autorități contractante. De asemenea, a demonstrat, în mod concret, credibilitatea în raport cu prevederile art. 184 alin. (1) -(3) din Legea nr. 99/2016, în sensul în care a plătit toate penalitățile de întârziere, în termenul contractual, fapt atestat prin dovezile prezentate comisiei de evaluare.

În cauză, contestatorul subliniază faptul că plata de penalități contractuale nu atrage incidența prevederilor 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, echivalentul art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/....., această interpretare fiind clarificată de ……, prin punctele de vedere publicate pe site-ul său, în Biblioteca de spețe, precum și prin adresa de consiliere metodologică acordată ……. Opinia …… nu este condiţionată de caracterul singular al plăţii unor penalităţi de întârziere stabilite contractual, ci exclude din sfera încălcărilor contractuale grave sau repetate situaţiile care conduc doar la aplicarea de penalităţi de întârziere, indiferent de repetitivitatea acestora, fiind evident, potrivit contestatorului, că sancţiunea "plăţii de daune-interese", în sensul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, are în vedere demonstrarea existenței unui prejudiciu.

Raportat la interpretarea legislaţiei achiziţiilor publice, dată de către instituţia de reglementare în acest domeniu – ……, rezultă că plata de penalităţi de întârziere contractuale (astfel cum sunt şi penalităţile plătite de …… celor cinci autorităţi contractante indicate în DUAE depus la această Procedură) nu reprezintă un caz de excludere în sensul prevederilor 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, respectiv art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016.

Totodată, subliniind faptul că toate contractele menționate în DUAE au fost finalizate cu succes, contestatorul înțelege să invoce, în susținerea afirmațiilor sale, și practica CNSC.

Potrivit contestatorului, entitatea contractantă a evaluat oferta sa cu luarea în considerare a unor situații de fapt în desfășurare, a căror atestare nu este cuprinsă în documentele constatatoare prevăzute de lege. Astfel, arată că, în cauză, dubla condiționare impusă de litera şi spiritul legii, conform art. 180 alin. 1 lit. (c) din Legea nr. 99/2016, pentru cazul de excludere (desființarea anticipată a contractului şi producerea de prejudicii), nu este îndeplinită, faptul că ambele condiţii, respectiv, condiţia desfiinţării anticipate şi cauzarea de prejudicii trebuie să fie îndeplinite cumulativ, rezultând în mod expres din prevederile art. 161 alin. 8 din HG nr. 394/2016.

Cu privire la acest aspect, contestatorul menționează că niciunul din contractele de achiziţie în care societatea sa a fost parte, inclusiv cele pe care le-a menţionat în DUAE că a plătit penalităţi de întârziere, nu a fost vreodată reziliat, cu atât mai puţin din culpa sa. Mai mult, îndeplinirea corespunzătoare a obligaţiilor contractuale rezultă chiar din cuprinsul documentelor constatatoare pe care le-a avut în posesie și le-a prezentat

entității contractante. În toate aceste documente constatatoare, autorităţile contractante au declarat clar şi expres că aceste contracte au fost îndeplinite corespunzător, nu au produs şi nici nu ar fi putut produce prejudicii acesteia.

Astfel, nu numai că nu există un document constatator care să confirme intervenirea rezilierii şi existenţa vreunui prejudiciu, dimpotrivă, toate certificatele confirmă executarea corespunzătoare a contractelor şi inexistența vreunui prejudiciu.

Totodată, în legătură cu menţiunile documentelor constatatoare, contestatorul susține că, şi în cazul în care fapta gravă nu ar fi definită prin capacitatea de a fi dus la încetarea anticipată, executarea corespunzătoare menţionată în documentele constatatoare este antonimul executării necorespunzătoare (cu grad de pericol evident redus faţă de fapta gravă sau repetată) şi exclude astfel în mod absolut posibilitatea ca întârzierea raportată în documentele constatatoare să fie calificată faptă gravă.

Invocând dispozițiile art. 166 din HG nr. 395/2016, respectiv ale art. 161 din HG 394/2016, care reglementează documentul constatator, scopul acestuia şi efectele sale de act administrativ, care intră în circuitul civil şi care poate fi contestat în condiţiile Legii nr. 554/2004, contestatorul precizează că verificarea cazului de excludere se face pe baza conţinutului documentelor constatatoare.

În acest context, deşi entitatea contractantă a fost informată complet cu toate situaţiile care ar putea ridica întrebări formale cu privire la eliminarea cazurilor de excludere din procedură, contestatorul susține că, la evaluarea încadrării în cazul de excludere, prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, respectiv art. 180, alin. (1) lit. g) din Legea 99/2016, nu pot fi reţinute decât acele situaţii constatate printr-un document constatator emis în condiţiile legii.

În cazul de faţă, documentele constatatore prin care se atestă modalitatea de îndeplinire a obligaţiilor societății sale au fost emise doar în ceea ce priveşte contractele încheiate cu autoritățile contractante ……, …. și Consiliul Judeţean ……..

Referitor la cea de a doua condiție avută în vedere de cazul de excludere alături de încetarea anticipată, contestatorul arată că aceasta este ca fapta gravă să fi cauzat un prejudiciu în patrimoniul autorităţii, iar nu ca fapta să conducă la plata de daune interese (cu atât mai puţin de daune-interese moratorii stabilite convenţional).

Invocând dispozițiile Codului de procedură civilă coroborate cu cele ale Legii nr. 99/2016, contestatorul apreciază că este evidentă inaplicabilitatea oricărui caz de excludere cu privire la plata benevolă a unei clauze penale stabilite pentru întârziere.

Potrivit contestatorului, împrejurarea că au existat în cadrul unor contracte prestate, unele întârzieri la formalităţile de recepţie calitativă a

contractului, care, ulterior, prin remedierea lor, au dus la decalarea termenului de implementare, nu poate fi reţinută drept neîndeplinire contractuală esenţială (a unor obligaţii contractuale principale), gravă, deoarece aceste întârzieri reprezintă incidente contractuale minore, inevitabile, deseori generate de autoritatea contractantă însăși (inevitabile în practica implementării unor contracte complexe), care nu au creat în niciun fel prejudicii autorității contractante, societatea sa remediind cele sesizate în timpul cel mai scurt, finalizând corespunzător contractele şi onorând clauzele penale.

De asemenea, contestatorul precizează că dovezile prezentate de societatea sa pentru demonstrarea credibilităţii prin raportare la art. 184, alin. (1) -(3) din Legea 99/2016, înlătură orice dubiu asupra inaplicabilității prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, respectiv art. 180, alin. (1) lit. g) din Legea 99/2016.

Astfel, făcând trimitere și la răspunsul din data de 08.11.2018, contestatorul menționează că achitat integral toate penalităţile percepute în cadrul contractelor în care a fost implicat şi pe care, în mod transparent, le-a precizat în DUAE, detaliind fiecare contract în parte cu informaţiile privind penalitățile aplicate şi ataşând documente justificative care să susţină cele afirmate.

În continuare, contestatorul înțelege să expună, pe larg, situația contractelor în cadrul cărora a plătit penalități de întârziere, respectiv acordul-cadru încheiat cu ……, contractul nr. 370/06.05.2015, încheiat cu SN …… SA, contractul nr. ……/20.01.2015, încheiat cu Consiliul Județean ……, respectiv contractele de achiziție publică în care …….. a participat ca ofertant în asociere (membru) cu SC …… S.A. (lider) și anume Contractul subsecvent nr. ….. încheiat în temeiul Acordului cadru nr. ……/29.10.2015 de Asocierea SC …… SA (lider), SC ..... SA şi SC …… SRL cu autoritatea contractantă ……. (…….) și Contractul nr. ……/09.12.2015, încheiat de Asocierea SC …… SA (lider), SC ..... SA cu autoritatea contractantă ……. (…….), precum și Contractul nr. ……./05.01.2015 încheiat de ……. cu Consiliul Judeţean ……., concluzionând, în esență, că:

- ..... a achitat în termen toate penalităţile percepute în cadrul contractelor în care a fost implicată;

- penalităţile plătite de ……. sunt penalităţi contractuale de întârziere - care, conform opiniei ….., nu pot conduce la excluderea operatorului economic în temeiul 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 respectiv art. 180, alin. (1) lit. g) din Legea 99/2016;

- întârzierile nu au condus la provocarea de prejudicii;

- contractele au fost îndeplinite corespunzător de către societatea sa;

- …….. a plătit penalităţile în termenul contractual.

Referitor la cele de mai sus, contestatorul subliniază faptul că, în ceea ce privește situația aferentă contractelor încheiate cu ……, … s-a pronunțat în sensul că această situație nu se încadrează în cazul de excludere reglementat de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 și

implicit, reglementat de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, iar, în ceea ce privește contractele încheiate cu ….., …. și Consiliul Județean ……, nu au fost emise documente constatatoare în condițiile legii, astfel că nici aceste contracte nu pot fi reținute în decizia de respingere a ofertei sale.

Potrivit contestatorului, prezentarea facturilor de penalități și a extraselor de plată aferente acestor facturi, precum şi prin implementarea efectivă a programului de conformare cu regulile de concurenţă (aşa cum a confirmat inclusiv …. ……), societatea sa și-a demonstrat credibilitatea prin plata penalităţilor contractuale solicitate de autorităţile contractante, precum şi faptul că a realizat, în mod corespunzător, contractele şi prin raportare la dispoziţiile art. 184 alin. (3) din Legea nr. 99/2016.

În opinia sa, efectuarea plăţii integrale şi în termen a daunelor-interese contractuale (în cazul de faţă a penalităţilor de întârziere) este de natură a demonstra în concret credibilitatea …….. faţă de orice potenţial motiv de excludere invocat cu privire la modalitatea de îndeplinire a obligaţiilor contractuale, fapt susţinut şi de către …….

De asemenea, invocând practica națională și cea a CJUE, contestatorul consideră că, și în situația în care există un document constatator negativ, ofertantul nu este exclus automat din cadrul procedurii, drept care, cu atât mai mult în cazul unui document constatator care menţionează expres lipsa prejudiciului, ofertantul nu ar trebui exclus, nefiind îndeplinite cerinţele legale.

În concluzie, contestatorul susține că, în mod neîntemeiat, nelegal şi nejustificat, …… a apreciat că ……. se află în situaţia de excludere prevăzută la art. 180 alin. (1), lit. g) şi alin. (6) din Legea nr. 99/2016, pe motiv că și-a încălcat obligațiile contractuale în cadrul mai multor contracte, iar acest fapt denotă, în opinia entității contractante, că reprezintă un comportament ce creează îndoieli serioase cu privire la credibilitatea ofertantului …….., ignorând atât dispoziţiile legale, cât şi faptul că au fost îndeplinite obligaţiile contractuale în mod corespunzător, autorităţile contractante utilizând rezultatul serviciilor efectuate de ……, acestea fiind proprii destinaţiei avute în vedere prin cerinţele caietului de sarcini.

De altfel, subliniază contestatorul, contrar dispozițiilor art. 228 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă nu a adus nici măcar un argument concret prin care să demonstreze aşa zisul comportament necorespunzător al societății sale care ar crea îndoieli serioase cu privire la credibilitatea ……, invocat de …….

Având în vedere cele mai sus menționate, precum şi documentele justificative depuse în probațiune, contestatorul consideră că a făcut dovada înlăturării cazurilor de excludere prevăzute de art. 180, alin. (1) lit. g) din Legea 99/2016, drept care solicită reevaluarea ofertei sale în

condiţii de legalitate de la etapa analizării documentelor de calificare şi anularea tuturor actelor subsecvente emise de …….

În drept, contestatorul invocă dispoziţiile Legii nr. 101/2016, Legii nr. 99/2016, HG nr. 394/2016, precum şi celelalte acte invocate în cuprinsul contestației.

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

În punctul de vedere transmis prin adresa nr. ……/15.04....., înregistrat la ……. sub nr. ……../15.04....., ... SA, în calitate de entitate contractantă, solicită respingerea contestației, ca neîntemeiată și nefondată.

Prezentând, în preambul, un scurt istoric al prezentei proceduri, entitatea contractantă arată că a analizat DUAE completat de către SC ..... S.A., respectiv a informațiilor prezentate DUAE, și a răspunsurilor la clarificări, și a constatat faptul că, asupra ofertei Siveco, sunt incidente motivele de excludere de la art. 180 alin. (1) lit. c), g) si alin. (6) din Legea nr. 99/2016, ca urmare a existentei Deciziei de sancționare nr. ……./18.07.2017, emisă de către ……, precum și a faptului că ofertantul, în mod repetat, și-a încălcat obligațiile contractuale în cadrul mai multor contracte încheiate cu diverse autorități contractante.

De asemenea, comisia de evaluare a considerat că dovezile prezentate de către ofertant nu sunt suficiente pentru a demonstra concret integritatea și credibilitatea prin raportare la motivele de excludere amintite, și, pe cale de consecință, a respins oferta S.C. ..... S.A ca inacceptabilă raportat la art. 143 alin. (2), lit. b) din HG nr. 394/2016.

Totodată, entitatea contractantă face precizarea că motivele concrete ce au stat la baza respingerii ofertei depuse de către contestator au fost comunicate acestuia, prin adresa intitulată "Comunicare ..... procedura" nr. ……/03.04.....

În opinia entității contractante, Siveco adoptă o altă interpretare asupra condițiilor impuse de lege şi asupra modului în care acestea vor fi cumulate pentru aplicarea motivului de excludere utilizat de comisia de evaluare, dar aceste aspecte nu pot fi luate în considerare, datorită argumentelor dezvoltate în cele ce urmează:

În cadrul DUAE completat de către Siveco, comisia a constatat că există neconcordanțe între cele bifate la trei capitole, respectiv: Partea III, lit. C - Vinovat de comiterea unei abateri profesionale grave; la Partea III, lit. C - încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile; la Partea III, lit. C -Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale și cele declarate, ulterior, tot în DUAE, sens în care, comisia de evaluare a solicitat clarificări, prin adresa SA nr. ……./05.11.2018, primind răspuns din partea ofertantului prin adresa nr. ……./08.11.2018, însoțită de înscrisurile solicitate.

Susținerea contestatorului cum că nu ar fi existat obligația de a menționa documentele constatatoare și ……, în discuție, în DUAE, la

secțiunea corespunzătoare, este apreciată de entitatea contractantă ca fiind lipsită de relevanță, în condițiile în care comisia de evaluare a reținut incidența, în cazul său, art. 180 alin. (1) lit. c), g) și alin. (6) din Legea nr. 99/2016.

Astfel, entitatea contractantă arată că a constatat incidența art. 180 alin. (1), lit. c) din Legea nr. 99/2016, raportat la următoarea situație:

- Siveco a fost sancționat în data de 16.11.2017 de către ……, pe motiv că a încălcat dispozițiile art. 5 alin. (1), lit. c) din Legea concurenței nr. 21/1996, republicată, cu modificările și completările ulterioare, și art. 101 alin.(1) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene.

- Siveco a solicitat anularea acestei decizii pe calea acțiunii în instanță, fiind introdusă acțiunea pe rolul Curții de Apel ....., care a menținut decizia …….

Prin urmare, contrar susținerilor contestatoarei, subliniază entitatea contractantă, că:

- data săvârșirii faptei anticoncurențiale este data Deciziei de sancționare, respectiv data de 16.11.2017;

- în vederea excluderii din procedură a oricărui operator economic ce se afla sub incidența motivelor de excludere ale art. 180 din Legea nr. 99/2016, legislația aplicabilă este Legea nr. 99/2016, și nu cea din anul 2008;

- Decizia …… a fost menținută și în recurs de către Curtea de Apel ....., hotărâre definitivă;

- raportat la art. 184 alin. 5 lit. b) din Legea nr. 99/2016, entitatea a constatat faptul că nu au trecut 3 (trei) ani de la data Deciziei de sancționare, având în vedere că ne raportăm la data de 16.11.2017, pentru a constata incidența motivului de excludere prevăzut de art. 180 alin. 1 lit. c) din Legea nr. 99/2016.

În continuare, entitatea contractantă precizează că a analizat cele declarate de către contestatoare în cadrul DUAE, precum și înscrisurile depuse de către aceasta prin răspunsul la clarificare nr. ...../..... raportat la dispozițiile imperative ale art. 180 alin. (1) lit. g) si alin. (6) din Legea nr. 99/2016, constatând următoarele:

Prin răspunsul la clarificare nr. ...../....., contestatoarea a depus documentele constatatoare declarate în cadrul DUAE:

- nr. ……/31.07.2017; ……./31.07.2017; ……./31.07.2017; ……/ 31.07.2017; ……/ 31.07.2017; ……./ 31.07.2017; ……./ 31.07.2017; ……/ 31.07.2017; ……./ 31.07.2017; ……/ 31.07.2017; ……/ 31.07.2017; ……/ 31.07.2017; ……/ 31.07.2017; ……/ 31.07.2017; ……/ 31.07.2017, emise de către ……. și facturile de penalități corespunzătoare.

- Document constatator nr. ……./04.02.2016, emis de către Consiliul Județean Brașov si facturile de penalități: …. si …….; ……; ….; …..; ……..; ……; ……..;

-Document constatator nr. ……./26.07.2016 emis de către S.N. ……..SA si facturile de penalități: …….. si ……;

-Facturile de penalități nr. ……, emise de către ……. S.A. și nr. ….. emisă de către Consiliul Județean ……..

Din cuprinsul documentelor constatatoare, enumerate mai sus, emise de către ……. rezultă următoarele: *„În cursul etapei de recepție calitativă, achizitorul a identificat erori rezultate ca urmare a rulării cazurilor și scenariilor de testare, erori care au fost ulterior rezolvate. Acest lucru a dus la depășirea termenului contractului si autoritatea a cuantificat penalități*".

Din cuprinsul documentului constatator nr. ……../04.02.2016 emis de către Consiliul Județean ……, rezultă următoarele: Contractul a fost îndeplinit în mod corespunzător: "Nu"; *„Motivații: nerespectarea termenelor contractuale de livrare produse/prestare servicii/executare lucrări pentru următoarele activități: analiza; proiectarea pe baza cerințelor specifice; implementare; testare; implementare hardware si licențe; implementare reţea …..., conectare la internet ……."*.

Așadar, apreciază entitatea contractantă, încălcarea obligațiilor contractuale prin executarea cu erori și cu întârziere a contractului nu poate, în niciun caz, să fie considerată că este lipsită de prejudicii, autoritățile contractante, în cauză, aplicând sancțiuni.

Din cuprinsul documentelor constatatoare depuse de către contestatoare și menționate în DUAE, rezultă, în opinia entității contractante, împlinirea cumulativă a condițiilor prevăzute de legiuitor la art. 180 alin. 1 lit. g) din Legea nr. 99/2016, respectiv:

-ofertantul și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile contractuale;

- încălcarea obligațiilor contractuale a generat aplicarea de sancțiuni.

Luând în considerare dispozițiile legale antemenționate, entitatea contractantă arată că, în cazul Siveco, există mai multe documente constatatoare care consemnează caracterul repetat al neexecutării obligațiilor contractuale în derularea contractelor de achiziție publică.

În cauză, entitatea apreciază că, prin folosirea de legiuitor a conjuncției „sau", rezultă ca nu trebuie îndeplinit cumulativ și cu o eventuală gravitate a faptei culpabile, pentru a conduce la incidența cauzei de excludere precizată la art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, existența mai multor documente constatatoare demonstrând caracterul de repetabilitate al încălcărilor obligațiilor contractuale, în speță, prin erori la recepția serviciilor, cât și prin încălcarea termenelor asumate prin contracte, reținute în sarcina Siveco. De asemenea, consecințele abaterilor repetate au constat în plata de daune interese sau alte sancțiuni comparabile.

Astfel, subliniază entitatea contractantă, în cadrul fiecărei condiții reglementate de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, elementele menționate nu trebuie îndeplinite în mod cumulativ, fiind

suficient fie abateri mai puțin grave, dar repetate, respectiv să se fi produs una din consecințele enumerate, adică fie încetarea anticipată, fie plata de daune-interese, fie o altă sancțiune comparabilă.

În cazul abaterilor cu caracter repetat, nu sunt relevante prevederile cuprinse în art. 180 alin. 6 din Legea nr. 99/2016, întrucât, în aceasta situație, nu trebuie să fie vorba de abateri grave, ci de abateri mai puțin grave, dar săvârșite în mod repetat.

Entitatea contractantă arată că, în cuprinsul documentelor constatatoare precizate, se reține o multitudine de abateri cu privire la încălcarea obligațiilor contractuale, fiind fără îndoială, în opinia sa, caracterul repetat al abaterilor, precum și faptul că aceste abateri au fost sancționate prin aplicarea de penalități pentru deficiențe constatate în prestarea serviciilor, sancțiune ce se încadrează în noțiunea de „alte sancțiuni comparabile" utilizată de art. 180 alin. 1 lit. g din Legea nr. 99/2016.

Chiar dacă aceste penalități nu reprezintă daune-interese, în sensul de sume acordate pentru repararea prejudiciului produs prin neexecutarea unei obligații contractuale, entitatea contractantă apreciază că acestea se încadrează în noțiunea de „alte sancțiuni comparabile" utilizată de art. 180 alin. 1 lit. g) din Legea nr. 99/2016.

Documentele constatatoare conțin informații referitoare la îndeplinirea sau neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant și, dacă este cazul, la eventualele prejudicii, situație în care entitatea contractantă consideră nefondate susținerile contestatorului cum că nu se poate vorbi de un prejudiciu prin simplul fapt că acest prejudiciu nu a fost calificat ca atare (bifat), din punct de vedere formal, în certificatul constatator.

Invocând dispozițiile art. 184 alin. (3) din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă precizează că, atât timp cât nu există un act administrativ de revocare sau o hotărâre judecătorească de anulare sau de suspendare a acestor documente constatatoare sau a Deciziei de sancționare emisă de către Consiliul Concurenței, acestea beneficiază de prezumția de legalitate specifică actelor administrative.

Potrivit entității contractante, ofertantul contestator nu și-a demonstrat credibilitatea prin dovezile prezentate, dat fiind că legea nu face distincție dacă fapta anticoncurențială a fost sancționată în anul 2017, deși procedura de achiziție a deschisă în anul 2008, Decizia de sancționare emisă de către Consiliul Concurenței arată situația de fapt, rolul ei fiind acela de a oferi informații cu privire la conduita ofertantului în relația cu autoritățile contractante.

De asemenea, arată că documentele constatatoare și Decizia de sancționare emisă de către …….. sunt acte administrative potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, iar acestea au intrat în circuitul civil, produc efecte juridice, astfel că suspendarea sau anularea actului

este de competența instanțelor de judecată, conform art. 1 alin. 6 din acest act normativ. Mai arată că, potrivit aceleiași legi, actul administrativ unilateral se bucură de prezumția de legalitate, autenticitate şi veridicitate, trăsături care constituie fundamentul caracterului executoriu, iar Siveco nu a prezentat o decizie de suspendare sau anulare a acestor înscrisuri, pe cale de consecință, acestea își produc efectele, fiind în vigoare. O confirmare a celor susținute mai sus, stă, în opinia entității contractante, tocmai demersul contestatorului de a le menționa în altă secțiune din DUAE.

Cât privește autocorectarea, din punct de vedere al conduitei profesionale, entitatea contractantă susține că, din înscrisurile prezentate de către ……, nu reiese ca persoanele instruite au fost parte din contractele în cauză. Din punct de vedere tehnic, nu rezultă ca persoanele instruite și semnatare ale proceselor verbale ar fi căpătat cunoștințe noi sau elemente care să arate că acestea au dobândit un crescut nivelul de pregătire profesională, astfel încât să se stabilească competența executării lucrărilor/serviciilor. Așadar, contestatorul nu și-a demonstrat credibilitatea prin dovezile prezentate în acest scop, având în vedere că, din cuprinsul acestora, nu reies elemente precum un nivel crescut de instruire profesională care să stabilească competența și calitatea executării serviciilor.

Pe cale de consecință, apreciază entitatea contractantă, motivele invocate de către contestator raportat la măsurile luate de acesta pentru dovedirea credibilității nu garantează/dovedesc posibilitatea îndeplinirii obligațiilor contractuale din prezenta procedură de achiziție publică, la parametrii și în termenele din documentația de atribuire.

În concluzie, entitatea contractantă arată că din analiza Deciziei de sancționare emisă de către …….., și a documentelor constatatoare nr. …/ 31.07.2017; ……./ 31.07.2017; …../ 31.07.2017; ……../ 31.07.2017; ……/ 31.07.2017; …../ 31.07.2017; ……./ 31.07.2017; ……../ 31.07.2017; ……/ 31.07.2017; ……./ 31.07.2017; ……../ 31.07.2017; ……./ 31.07.2017; ……/ 31.07.2017; ……/ 31.07.2017; ……/ 31.07.2017, emise de către …….. și facturile de penalități corespunzătoare; Documentului constatator nr. …../04.02.2016, emis de către Consiliul Județean …. și facturile de penalități: ……. și ……..; …..; …..; …..; …..;……; ….; Documentul constatator nr. ……./26.07.2016, emis de către S.N. …… SA și facturile de penalități: …… și …….; Facturile de penalități nr. …, emisă de către ….. S.A. și nr. …., emisă de către Consiliul Județean …., neanulate și nesuspendate, conform Legii nr. 554/2004, a fișei de date a achiziției, se constată îndeplinirea condițiilor cumulative arătate la art. 180 alin. (1) lit. c) și g) coroborat cu dispozițiile art. 180 alin. (6) din Legea nr. 99/2016, oferta contestatorului fiind, astfel, respinsă, ca inacceptabilă, raportat la art. 143 alin. (2) lit. b) din HG 394/2016.

În drept, entitatea contractantă își întemeiază punctul de vedere pe dispozițiile Legii nr. 101/2016, Legii nr. 99/2016 cât și pe cele ale HG nr. 394/2016.

În dovedirea celor susținute, au fost anexate, în copie, documente.

Prin adresa nr. …../22.04....., înregistrată la CNSC sub nr. …../22.04....., contestatorul formulează Concluzii scrise, urmare a punctului de vedere al entității contractante, solicitând respingerea susținerilor acesteia și admiterea contestației.

Contrar susținerilor entității contractante, contestatorul arată că, așa zisele "motive concrete" pe care autoritatea contractantă precizează că le-ar fi comunicat prin adresa nr. ……./03.04....., reprezintă doar trimiterea la temeiul legal în baza cărora s-a luat această decizie, fără a dezvolta motivele de fapt. În concret, detalierea motivelor în baza cărora a luat decizia de respingere a ofertei, subliniază contestatorul, au fost prezentate în punctul de vedere, iar nu în comunicarea rezultatului procedurii nr. ……/03.04....., aşa cum ar fi trebuit, conform prevederilor art. 228, alin.2, lit. b) din Legea nr. 99/2016 . Mai mult, contestatorul arată că nici măcar în Raportul procedurii, comisia de evaluare nu a detaliat motivele concrete în baza cărora a luat această decizie.

În continuare, contestatorul susține că entitatea contractată confirmă, prin susținerile din cadrul punctului de vedere, criticile privind nelegalitatea şi netemeinicia deciziei de respingere a ofertei privind aplicarea cazului de excludere prevăzut la art. 180 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016. În acest sens, arată că și în situația în care pretinsa încălcare a prevederilor concurențiale din anul 2008 ar reprezenta un caz de excludere, în sensul Legii nr. 99/2016, şi nu s-ar lua în considerare faptul că au trecut 3 ani de la data săvârșirii faptei, aşa cum susţine autoritatea contractantă, totuşi ….. şi-a întărit sistemele şi procedurile interne deja existente şi a depus extinse diligenţe pentru evitarea oricăror încălcări ale prevederilor concurenţiale.

În opinia contestatorului, entitatea contractată se află într-o mare eroare de interpretare şi de înțelegere, pe de o parte, a dispoziţiilor art. 184 alin. (3) din Legea nr. 99/2016, privind tipul de dovezi care ar trebui prezentate de ……. pentru a demonstra măsurile concrete şi adecvate la nivel tehnic, organizaţional şi în materie de personale, normele sau regulie interne, iar, pe de altă parte, a tipului de cunoştinţe care ar trebui asimilate de persoanele instruite, respectiv cunoașterea dispozițiilor legale şi practica existentă în materia concurenței, raportat la motivul de excludere analizat şi pentru care au fost depuse dovezile aferente.

Potrivit contestatorului, cunoștințele dobândite de personalul instruit în urma acestor sesiuni de instruire în domeniul concurenței nu este de natură să afecteze calitatea executării serviciilor şi competența profesională, din punct de vedere tehnic, al persoanelor care ar urma să

fie implicate în executarea serviciilor, așa cum în mod neîntemeiat susține autoritatea contractantă.

Referitor la același aspect, contestatorul subliniază faptul că despre aceste susțineri ale entității a luat cunoștință prin intermediul punctului de vedere, ele neregăsindu-se menționate nici în adresa de comunicare a rezultatului procedurii și nici în raportul procedurii.

De asemenea, contestatorul arată că entitatea contractantă nu i-a solicitat clarificări suplimentare în etapa de evaluare, în sensul în care aceasta a înțeles să interpreteze competențele care ar fi trebuit dobândite de personalul instruit în raport cu motivul de excludere reținut.

Cât privește susținerile entității privind aplicarea cazului de excludere prevăzut la art. 180 alin. (1) lit. g) și alin. (6) din Legea nr. 99/2016, contestatorul apreciază că este nelegală reținerea caracterului repetat al neexecutării obligațiilor contractuale în mai multe contracte de achiziție ca fundamentare a îndeplinirii uneia dintre condițiile prevăzute la art. 180 alin. (1) lit. g), de vreme ce în lege se prevede imperativ faptul că "încălcarea repetată" trebuie să existe în cadrul aceluiași contract de achiziţie şi nu în mai multe contracte de achiziție publică.

Mai mult, arată că documentele constatatoare nu atestă neexecutarea obligațiilor contractuale, ci doar că au fost întârzieri contractuale şi erori, care au fost rezolvate, iar produsul final ..... a fost funcțional şi corespunzător cerințelor din caietul de sarcini. Consecințele acestor abateri repetate nu au constat în plata de daune interese, aşa cum în mod greșit susține entitatea contractantă, ci au fost achitate penalități contractuale, stabilite convențional în contract cu acordul comun al ambelor părți, încă de la momentul semnării acestuia.

Referitor la documentul constatator nr. ……/04.02.2016, emis de Consiliul Județean ……, invocat în punctul de vedere, contestatorul precizează următoarele:

- deși la pct. 8 "Contractul a fost îndeplinit în mod corespunzător" s-a bifat "*NU*", la sfârșitul acestui punct se menționează "*Contractul a fost îndeplinit în termenul prevăzut pentru finalizare*"

- la pct. 9 "*_Prejudicii care au fost aduse sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului (dacă este posibil cuantificarea valorică o acestora*"-se menționează "*NU E CAZUL*" - în conținutul documentului constatator nu se prevede că au fost aplicate penalități, (însă în virtutea transparenței ……. a prezentat facturile de penalități şi dovada achitării acestora)

- de la data emiterii Documentului constatator (04.02.2016) şi a facturilor de penalități (decembrie 2015) a trecut o perioadă de 3 ani, devenind incidentă situația prevăzută la art. 184, alin. (5), lit. b).

Totodată, contestatorul arată că entitatea contractantă a înțeles să ignore cu desăvârșire toate dovezile prezentate în sensul în care s-a arătat că au fost achitate penalitățile aplicate, așa cum se prevede la art.

184, alin. (3) din Legea 99/2016, ignorând în acest fel inclusiv dispozițiile legale.

Ulterior studierii dosarului cauzei, contestatorul a comunicat ……., prin corespondența înregistrată la sediul …… sub nr. …../....., că nu va depune alte concluzii scrise.

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

..... SA, în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă cu etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție având ca obiect „.....", prin publicarea, în SICAP, a anunțului de participare nr. ...../..... Valoarea estimată a contractului este de 150.000 Euro, fără TVA, iar criteriul de atribuire stabilit este „prețul cel mai scăzut".

Potrivit documentului „Datele de identificare ale operatorilor economici participanți la procedură", publicat în SICAP, asociat anunțului de participare, au fost primite 4 oferte, iar, ulterior evaluării acestora, a fost întocmit raportul procedurii nr. ……/28.03....., în cuprinsul căruia a fost reținută respingerea ofertei depusă de SC ..... SA, ca inacceptabilă, admisibilitatea celorlalte oferte, precum desemnarea ofertei depusă de ……. SRL, câștigătoare.

Nemulțumit fiind de decizia de respingere a ofertei sale SC ..... SA (consemnând cauțiunea aferentă, potrivit dispozițiilor art. 611 din Legea nr. 101/2016) a formulat contestația de față, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată că, prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii, nr. …../03.04....., entitatea contractantă i-a adus la cunoștință ofertantului motivele care au stat la baza deciziei de respingere, după cum urmează:

„Oferta depusă de SC ..... SA a fost declarată inacceptabilă în temeiul art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016, din următoarele motive:

- faptul că prin Decizia nr. ……/18.07.2017, emisă de …. ……., ofertantul SC ..... SA a fost sancționat cu amenda pentru încălcarea dispozițiilor art. 5 alin. (1) lit. c) din Legea Concurenței nr. 21/1996, republicată, cu modificările și completările ulterioare și art. 101 alin. (1) din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene, prin realizarea unei practici de împărțire a pieței de către ……. și SC ..... SA, în cadrul procedurii de achiziție publică (…), organizată de ……., în anul 2008.

- faptul că ofertantul, în mod repetat și-a încălcat obligațiile contractuale în cadrul mai multor contracte încheiate cu diverse autorități contractante, comportament ce creează îndoieli serioase cu privire la credibilitatea ofertantului SC ..... SA

În urma evaluării documentelor depuse, comisia de evaluare a concluzionat că oferta SC ..... SA se încadrează în motivele de excludere de la art. 180 alin. (1) lit. c), g) și alin. (6) din Legea nr.99/2016, iar entitatea contractantă consideră că dovezile prezentate de către ofertant nu sunt suficiente pentru a demonstra în concret integritatea și credibilitatea prin raportare la motivele de excludere, pe cale de consecință entitatea contractantă respinge oferta SC ..... SA ca inacceptabilă raportat la art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016 (…)".

Având în vedere conținutul adresei anterior citată, Consiliul apreciază că entitatea contractantă și-a îndeplinit obligația de a comunica SC ..... SA rezultatul evaluării ofertei sale, precum și motivele de fapt și de drept care au stat la baza deciziei de respingere a acesteia.

Relativ la motivele reținute de comisia de evaluare în decizia de respingere a ofertei contestatorului, Consiliul observă că problema care trebuie dezlegată, în prezenta cauză, are legătură cu incidența, în situația ofertei SC ..... SA, a cazurilor de excludere reglementate de dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. c), g) și alin. (6) din Legea nr. 99/2016, cu modificările și completările ulterioare, prin raportare la Decizia nr. ……/18.07.2017, emisă de ……., prin care această societatea a fost amendată pentru încălcarea regulilor de concurență și a art. 101 alin. (1) din ……., precum și urmare a faptului că ofertantul și-ar fi încălcat, în mod repetat, obligațiile contractuale în cadrul mai multor contracte încheiate cu diverse autorități contractante.

Relevante în soluționare vor fi reținute următoarele dispoziții ale Legii nr. 99/2016:

- art. 180 alin. (1) Entitatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații:

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

g) operatorul economic şi-a încălcat în mod grav sau repetat obligaţiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziţii publice, al unui contract sectorial sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune- interese sau alte sancţiuni comparabile;

- art. 180 alin. (6) În sensul dispoziţiilor alin. (1) lit. g), se consideră încălcări grave ale obligaţiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea obligaţiilor privind livrarea produselor sau serviciilor, ori neexecutarea lucrărilor, livrarea unor produse sau servicii care prezintă neconformităţi majore care le fac improprii utilizării conform destinaţiei avute în vedere de entitatea contractantă, ori executarea unor lucrări care nu respectă cerinţele caietului de sarcini, sau un comportament necorespunzător care creează îndoieli serioase cu privire la credibilitatea operatorului economic.

- art. 184 alin. (1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situaţiile prevăzute la art. 177, 178 şi 180 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 entitatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilităţii, entitatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire.

(3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situaţiile prevăzute la art. 177, 178 şi 180 le poate furniza entităţii 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.

(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/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/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situaţiile de excludere prevăzute la art. 177 şi 180 nu sunt aplicabile:

a) dacă, în cazul faptelor prevăzute la art. 177, a trecut o perioadă de 5 ani de la data rămânerii definitive a hotărârii de condamnare;

b) dacă, în cazul situaţiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 180 a trecut o perioadă de 3 ani de la data la care s-a produs situaţia, fapta sau evenimentul relevant.

Cu titlu preliminar, Consiliul reține că operatorului economic SC ..... SA nu i-a fost aplicată, prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată, măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție/acord-cadru sau a unui contract de concesiune, care produce efecte în România, drept care, o eventuală existență a cazurilor de excludere reglementate de art. 177 și 180 din Legea nr. 99/2016, anterior citate, trebuie analizată, în mod obligatoriu și prin prisma prevederilor art. 184 alin. (3) și (5) din același act normativ.

Față de situația existenței Deciziei nr. ……/18.07.2017, emisă de Consiliul Concurenței, prin care ofertantul contestator a fost amendat pentru încălcarea regulilor de concurență și a art. 101 alin. (1) din ….., contrar susținerilor entității contractante, Consiliul reține că data săvârșirii faptei sancționate nu este data emiterii deciziei de sancționare,

cum în mod greșit lasă să se înțeleagă entitatea contractantă, ci data organizării de către …., a procedurii de achiziție publică, respectiv anul 2008. În acest sens, Consiliul reține considerentele deciziei în referință, respectiv informațiile aflate la pct. 240, cap. XI *Individualizarea Sancțiunilor*, secțiunea *Durata faptei*, pag. 60, din cuprinsul acesteia, conform cărora fapta, respectiv practica concentrată de împărțire a pieței, a vizat procedura de achiziție publică organizată de ……. în anul 2008, în urma căreia a fost încheiat acordul-cadru de servicii nr. …./31.12.2008 și ……. contracte subsecvente. De asemenea, se mai reține că, potrivit pct. 241 din cuprinsul aceleiași decizii, *„practica concentrată de împărțire a pieței a produs efecte pe toată perioada de derulare a contractelor încheiate ca urmare a săvârșirii practicii anticoncurențiale (…)*", astfel că, și în situația în care ne-am raporta, *ad absurdum*, la perioada de derulare a contractelor încheiate ca urmare a săvârșirii practicii anticoncurențiale, se constată că și față de aceasta, termenul de 3 ani de la data la care s-a produs fapta, prevăzut la art. 184 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 99/2016, este împlinit, în condițiile în care ultimul contract subsecvent de servicii, nr. 13, s-a încheiat în anul 2012 (conform informațiilor reținute la pct. 55 din decizia de sancționare).

Pe de altă parte, Consiliul reține că Hotărârea Curții de Apel ..... nr. ……/2018, prin care s-a respins acțiunea formulată de SC ..... SA, având ca obiect „anulare act administrativ decizie nr. ……./18.07.2017", contrar susținerii entității contractante, nu este definitivă, partea interesată având drept de recurs în termen de 15 zile de la comunicare, conform informațiilor disponibile pe portalul instanțelor portal.just.ro, în dosarul nr. ……./……/2017 al Curții de Apel .....

Pe cale de consecință, dincolo de dovezile prezentate de ofertant în sensul demonstrării credibilității sale, Consiliul apreciază că entitatea contractantă a dat o interpretare eronată dispozițiilor art. 184 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 99/2016, raportat la înțelesul sintagmei *„data la care s-a produs situația, fapta sau evenimentul relevant*".

În ceea ce privește documentele constatatoare declarate în DUAE, înscrisuri avute în vedere de entitatea contractantă la aplicarea prevederilor art. 180 alin. (1) lit. g) și alin. (6) din Legea nr. 99/2016, Consiliul reține că aspectul care a determinat sancțiunea excluderii din procedură face referire la pretinsul caracter repetat al încălcării obligațiilor contractuale, care a condus la aplicarea de sancțiuni.

Conform propriilor susțineri ale entității contractante, documentele în referință au fost:

- documentele constatatoare nr. …../ 31.07.2017; ……/ 31.07.2017; ……/ 31.07.2017; …../ 31.07.2017; ……./ 31.07.2017; ……../ 31.07.2017; …../ 31.07.2017; ……/ 31.07.2017; …../ 31.07.2017; ……/ 31.07.2017; ……/ 31.07.2017; ……/ 31.07.2017; …../ 31.07.2017; …/ 31.07.2017; …../ 31.07.2017, emise de către ……, și facturile de penalități corespunzătoare.

- document constatator nr. ……../04.02.2016, emis de către Consiliul Județean …….. si facturile de penalități: ……. și …….; ……; …….; ……; ……;……; …….;
- document constatator nr. ……/26.07.2016, emis de către S.N. …….. SA și facturile de penalități: …… și …….;
- factura de penalități nr. ….., emisă de către …….. S.A. și nr. 481, emisă de către Consiliul Județean ……..

De asemenea, se reține că, în interpretarea dată de entitatea contractantă, informațiile rezultate din documentele enumerate mai sus conduc la concluzia că sancțiunile privind aplicarea de penalități pentru deficiențele constatate în prestarea serviciilor, se încadrează în noțiunea de „alte sancțiuni comparabile" utilizată de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016.

Relativ la situația documentelor constatatoare emise de ….., enumerate mai sus, Consiliul reține că, potrivit conținutului acestora, identic în toate înscrisurile, cu excepția cuantumului penalităților, s-a consemnat: *„5. Contractul a fost îndeplinit în mod corespunzător: DA; 6. Penalități aplicate prestatorului (…) Motivul aplicării penalităților În cursul etapei de recepție calitativă, achizitorul a identificat erori rezultate ca urmare a rulării cazurilor și scenariilor de testare, erori care au fost ulterior rezolvate. Acest lucru a dus la depășirea termenului contractual. 7 Prejudicii aduse sau ce ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului: NU*".

Cât privește documentul constatator nr. ……./04.02.2016, emis de către Consiliul Județean ……., Consiliul reține că, potrivit conținutului acestuia, la pct. 8 Contractul a fost îndeplinit în mod corespunzător, s-a menționat NU, în continuare fiind expusă motivarea acestei precizări, care face referire exclusiv la nerespectarea termenelor contractuale de prestare a serviciilor pe activități aferente contractului, cu mențiunea finală *„Contractul a fost îndeplinit în termenul prevăzut pentru finalizare"*, iar la cap. 9 *Prejudicii aduse sau ce ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului,* se specifică *„nu este cazul".*

Referitor la documentul constatator nr. …../26.07.2016, emis de către S.N. …… SA, Consiliul reține că, potrivit conținutului acestuia, contractul a fost îndeplinit în mod corespunzător nefiind reținute prejudicii care au fost sau ar fi putut să fie aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului.

În ceea ce privește factura de penalități nr. ……./24.03.2017, emisă de către ……. S.A. și nr. …../02.12.2015, emisă de către Consiliul Județean ….., Consiliul constată că, referitor la contractele aferente, autoritățile abilitate nu au înțeles să emită vreun document constatator, în sensul 161 din HG nr. 394/2016, nefiind depusă la dosar nicio probă în acest sens.

Din economia situației de fapt expusă mai sus, se observă că documentele constatatoare avute în vedere de entitatea contractantă menționează executarea corespunzătoare a obligațiilor contractuale, de unde rezultă că nu suntem în prezența unor documente constatatoare negative, împotriva cărora operatorul economic se poate apăra.

Luând în considerare voința legiuitorului reglementată la art. 180 alin. (6) din Legea nr. 99/2016, încălcările grave ale obligațiilor contractuale sunt considerate *„neexecutarea obligaţiilor privind livrarea produselor sau serviciilor, ori neexecutarea lucrărilor, livrarea unor produse sau servicii care prezintă neconformităţi majore care le fac improprii utilizării conform destinaţiei avute în vedere de entitatea contractantă, ori executarea unor lucrări care nu respectă cerinţele caietului de sarcini, sau un comportament necorespunzător care creează îndoieli serioase cu privire la credibilitatea operatorului economic*". Chiar dacă situațiile sunt enumerate de legiuitor cu titlu exemplificativ, încălcarea contractului cauzată de operatorul economic trebuie să fie una comparabilă cu cele menționate la art. 167 alin. (8) din lege.

Nu lipsită de relevanță în interpretarea dispozițiilor legale antecitate, este reținut și punctul de vedere al ……., publicat pe site-ul acestei instituții, în Secțiunea Biblioteca de spețe, conform căruia:

<Astfel, având în vedere că prin semnarea unui contract ce conține clauze de aplicare a unor penalități pentru încălcarea anumitor obligații, operatorul economic îşi asumă plata acelor penalități fără a mai fi nevoie să se dovedească existența unui prejudiciu, în opinia noastră, aplicarea de penalități NU poate fi considerată o sancțiune comparabilă cu „plata de daune-interese" în sensul art. 167. alin. (1) lit. a) ante-menţionat, întrucât în cazul acestora din urmă este nevoie de realizarea unor demersuri suplimentare în vederea demonstrării existenței unui eventual prejudiciu şi recuperării acestuia. Prin urmare, considerăm că doar aplicarea de penalități conform clauzelor contractuale, în cadrul unui contract de achiziții publice, nu aduce operatorul economic în cauză, în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016. În susţinerea acestei concluzii, amintim inclusiv prevederile recitalului (101) din Directiva 2014/24/UE, potrivit căruia autoritățile contractante ar trebui „să fie în măsură să excludă candidați sau ofertanţi a căror performanţă în alte contracte de achiziţii publice din trecut a arătat deficiente majore în ceea ce priveşte cerinţele de fond, de exemplu, nerespectarea obligaţiei de a furniza sau de a executa, deficienţe semnificative ale produsului sau ale serviciului furnizat, ceea ce le face inutilizabile pentru scopul propus, sau un comportament necorespunzător care aruncă îndoieli serioase cu privire la fiabilitatea operatorului economic>.

Deși penalitățile de întârziere sunt daune-interese moratorii, Consiliul apreciază că nu orice întârziere în cadrul unui contract (așa cum s-a dovedit a i se fi imputat ofertantului contestator în contractele

anterioare în baza cărora au fost emise documentele constatatoare avute în vedere în prezenta decizie de excludere din procedură), atrage sancțiunea maximă, acea a excluderii din procedură, mai cu seamă în situația în care operatorul, cu bună credință, achită respectivele penalități.

Pentru a se putea aprecia că suntem într-una din situațiile de excludere din procedură, reținute de comisia de evaluare în cazul contestatorului, ar fi trebuit ca aceasta să poată dovedi că întârzierile de care ofertantul s-ar fi făcut vinovat în trecut să fie unele semnificative, cu o anumită pondere în valoarea contractului, iar consecința acestora să conducă la anumite pagube autorităților emitente ale respectivelor documente constatatoare, iar acele întârzieri să fi condus la, cu titlu de exemplu, eventuala pierdere a finanțării, necesitatea apelării la serviciile unor terți pentru prestarea unor servicii sau furnizarea unor produse în locul celor ce trebuiau prestate de operatorul aflat sub contract, bunul predat cu întârziere nu a mai fost necesar și alte asemenea situații, aspecte care, așa cum a ..... din expunerea factuală de mai sus, nu au putut fi identificate în cauză.

Dat fiind că excluderea dintr-o procedură reprezintă o măsură severă, această sancțiune se impune a avea la bază considerente care să demonstreze că încălcarea contractului cauzată de operatorul economic este una importantă, iar nu una neînsemnată sau mai multe, dar care să nu fi produs consecințe.

Or, din conținutul documentelor la care s-a raportat entitatea contractantă atunci când a decis respingerea ofertei contestatorului, nu rezultă că emitenții acelor documente ar fi cuantificat vreun prejudiciu, sau că nerespectarea termenelor contractuale ar fi condus la neexecutarea obligațiilor privind livrarea produselor sau serviciilor, ori neexecutarea lucrărilor, livrarea unor produse sau servicii care prezintă neconformităţi majore care le fac improprii utilizării conform destinaţiei avute în vedere de entitatea contractantă, ori executarea unor lucrări care nu respectă cerinţele caietului de sarcini, sau un comportament necorespunzător care creează îndoieli serioase cu privire la credibilitatea operatorului economic, așa cum impune art. 180 alin. (6) din Legea nr. 99/2016.

Desigur că aceste documente constatatoare se bucură de prezumția de legalitate, în calitatea lor de acte administrative, însă acest aspect nu este în măsură să conducă automat la incidența situației de excludere reglementată de art. 180 alin. (1) lit. g) din același act normativ.

Entitatea contractantă nu se poate substitui voinței celorlalte autorități/entități contractante emitente ale documentelor constatatoare, și să aprecieze, într-un alt înțeles, mai grav, modul în care necesitățile acestora au fost împlinite în urma derulării contractelor respective. Chiar dacă numărul documentelor constatatoare poate demonstra un eventual

caracter de repetabilitate al încălcărilor obligațiilor contractuale, ele nu certifică existența unor consecințe similare celor enumerate de legiuitor la art. 180 alin. (6) din Legea nr. 99/2016, obligatorii pentru situația de excludere reglementată de alin. (1) lit. g) al aceluiași articol de lege.

De asemenea, Consiliul apreciază că entitatea contractantă a dat o interpretare eronată și dispozițiilor art. 184 alin. (1), (2) și (3) din Legea privind achizițiile sectoriale, care permit oricărui operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 177, 178 şi 180 din lege, care atrag excluderea din procedura de atribuire, să furnizeze dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-şi demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere. Având în vedere că în cazul de față, ceea ce i se pretinde contestatorului este existența unor penalități de întârziere, în virtutea prevederilor regăsite la alin. (3) al art. 184, acesta avea dreptul să prezinte entității contractante dovezi din care să rezulte că a efectuat plățile aferente acestor penalități, ceea ce, în fapt, s-a și întâmplat, dar situație cu privire la care entitatea contractantă nu a înțeles să se pronunțe.

Dovezile în referință, respectiv facturile de penalități însoțite de extrase de cont din care reiese plata acestora, au fost depuse de ofertant în anexele răspunsului său nr. ……../08.11.2018, la solicitarea de clarificări nr. ……./05.11.2018.

Așadar, atât timp cât legiuitorul a permis, ca în situația existenței unui caz de excludere, acel ofertant să-și poată demonstra credibilitatea prin furnizarea anumitor documente și informații, membrii comisiei de evaluare nu aveau dreptul de a nu le lua în considerare, cel puțin nu fără o justificare temeinică, ceea ce, în speță, nu s-a întâmplat, în actul atacat, entitatea contractantă rezumându-se la a afirma doar că *„dovezile prezentate de către ofertant nu sunt suficiente pentru a demonstra în concret integritatea și credibilitatea prin raportare la motivele de excludere*”.

Prin urmare, Consiliul apreciază nelegală decizia autorității contractante de respingere a ofertei contestatorului pentru motivul analizat mai sus, decizie reținută inițial prin procesul-verbal nr. ……./03.12.2018, motiv pentru care consideră că se impune anularea acestuia.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația SC ..... SA, în contradictoriu cu ..... SA, în calitate de entitate contractantă, va anula procesul-verbal nr. ……./03.12.2018, precum și actele subsecvente acestuia, întocmite pe parcursul evaluării, inclusiv adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. …../03.04..... și raportul procedurii nr. ……/28.03....., în partea aferentă evaluării ofertei contestatorului, entitatea contractantă urmând a fi obligată ca, în termen de 15 zile de la

primirea deciziei Consiliului, să reanalizeze oferta depusă de SC ..... SA, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art.28 alin.1 din același act normativ.

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,
CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația depusă de SC ..... SA, în contradictoriu cu ..... SA.

Anulează procesul-verbal nr. ……./03.12.2018, precum și actele subsecvente acestuia, întocmite pe parcursul evaluării, inclusiv adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. ……../03.04..... și raportul procedurii nr. ……../28.03....., în partea aferentă evaluării ofertei SC ..... SA.

Obligă ..... SA ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reanalizeze oferta depusă de SC ..... SA, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare.

Obligatorie.

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

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

Redactată în ……. exemplare originale, conține ……. de pagini.