

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea,

DECIZIE

Nr./...../.....

Data:

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr./....., depusă de SRL, cu sediul în, ..., ..., având CUI, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la sediul din, împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr., emisă în cadrul procedurii de cerere de oferte online de către, cu sediul în, ..., județul, în calitate de autoritate contractantă, pentru atribuirea contractului de furnizare, s-a solicitat anularea adresei nr., prin care oferta sa a fost declarată inacceptabilă pentru neîndeplinirea cerințelor minime de calificare stabilite prin documentația de atribuire, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale, reluarea procedurii de atribuire cu luarea în considerare a ofertei prezentate și desemnarea ofertei câștigătoare, respectiv obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de formularea contestației.

În baza legii și a documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

În temeiul art. 278 alin. (5) și (6) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, respinge ca nefondată contestația formulată de SRL, în contradictoriu cu, și dispune continuarea procedurii.

Respinge cererea contestatoarei de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor prilejuite de formularea contestației.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

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

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația depusă, ... SRL a solicitat cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Societatea contestatoare menționează că, prin fișa de date a procedurii, autoritatea contractantă a solicitat a fi depuse de către participanți dovezi care să evidențieze îndeplinirea criteriilor de calificare, respectiv înscrisuri care să dovedească situația personală a candidatului sau ofertantului, capacitatea de exercitare a activității profesionale, capacitatea tehnică și profesională, capacitatea economică și financiară.

În dovedirea situației personale, ofertanții trebuiau să depună o declarație privind neîncadrarea în prevederile art. 181 din OUG nr. 34/2006, conform modelului prezentat în secțiunea „Formulare”.

Având în vedere faptul că procedura urma a se desfășura online, autoritatea contractantă a stabilit că oferta fiecărui ofertant va fi prezentată conform cerințelor SEAP pentru cerere de ofertă online și semnată cu semnătură electronică, și va fi depusă în SEAP până la data și ora limită de depunere a ofertelor.

În vederea participării la această procedură, contestatoarea susține că a formulat oferta, depunând-o în SEAP, în interiorul termenului anterior arătat.

Ulterior depunerii ofertei, în data de 04.02....., autoritatea contractantă i-a înaintat prin fax adresa „Solicitare de clarificări” nr. B 1293/04.02....., prin care i-a pus în vedere ca, până la data de 08.02....., ora 10:00 să clarifice situația Documentului constatat negativ nr. 153244/11.01....., a Formularului „Informații generale” și a certificatului SR EN ISO 9001:2008, depuse în cadrul ofertei.

Prin adresa de răspuns nr. 329/05.02....., contestatoarea arată că a înaintat clarificările solicitate, respectiv formularul „Informații generale” completat conform modelului depus de autoritatea contractantă în SEAP, precum și auditurile de supraveghere anuală.

În ceea ce privește Documentul constatat negativ nr. 153244/11.01....., ... SRL a menționat faptul că aspectele sesizate prin acest document nu sunt de natură să conducă la aplicabilitatea unuia dintre cazurile menționate de art. 181 din OUG nr. 34/2006, în special dispozițiile prevăzute de lit. c1).

În cazul documentului constatat prezentat, contestatoarea precizează că lipsește elementul „de grav prejudiciu” adus autorității, suma menționată nefiind de natură să conducă la concluzia că societatea sa a cauzat un grav prejudiciu, sau împrejurarea că încălcarea contractuală a societății sale a fost de natură să producă grave prejudicii. Totodată a menționat faptul că prejudiciul în sumă de aproximativ 250 lei a fost în întregime recuperat de către autoritatea contractantă din garanția de bună execuție.

Ulterior transmiterii acestor clarificări, în data de 29.02....., autoritatea contractantă i-a transmis prin fax, rezultatul procedurii, care evidențiază că oferta sa a fost respinsă avându-se în vedere Documentul constator negativ nr. 153244/11.01.....

Referitor la rezultatul procedurii de atribuire, contestatoarea apreciază legat de această decizie a autorității contractante, că este netemeinică și nelegală, câtă vreme art. 181 lit. c¹) din OUG nr. 34/2006, stabilește că: „Autoritatea contractantă are dreptul de a exclude dintr-o procedură pentru atribuirea contractului de achiziție publică orice ofertant/candidat care se află în oricare dintre următoarele situații: (...) c) în ultimii 2 ani nu și-a îndeplinit sau și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale, din motive imputabile ofertantului în cauză, fapt care a produs sau este de natură să producă grave prejudicii beneficiarilor acestuia”.

Pentru a face operabilă excluderea din procedură, în mod evident trebuie întrunite toate condițiile de la art 181 lit. c¹), cu referire, în primul rând, la producerea unor grave prejudicii.

Contestatoarea consideră că, comisia de evaluare avea obligația de a avea în vedere, la momentul analizării ofertei și jurisprudența europeană, cum ar fi Hotărârea CJUE din 13 decembrie 2012, în cauza C-465/11, în procedura Forposta SA, ABC Direct Contact sp. z o.o. împotriva Poczta Polska SA, relevante fiind cel puțin următoarele paragrafe: „30. noțiunea „abatere gravă” trebuie să fie înțeleasă ca referindu-se în mod normal la un comportament al operatorului economic în cauză care denotă o intenție culpabilă sau o neglijență de o anumită gravitate din partea sa. Astfel, orice executare incorectă, imprecisă sau defectuoasă a unui contract sau a unei părți din acest contract poate demonstra eventual o competență profesională limitată a operatorului economic în cauză, dar nu echivalează în mod automat cu o abatere gravă.; 31. constatarea existenței unei „abateri grave” necesită, în principiu, efectuarea unei aprecieri concrete și individualizate a atitudinii operatorului economic în cauză.”

Numărul crescut de respingeri nelegale/abuzive ale ofertelor, pentru încadrarea la art. 181 lit. c¹), deși nu există abatere gravă, a determinat ANRMAP să publice în 19 august 2015 o propunere de modificare a art. 97¹ din HG nr. 925/2006, prin care se stabilește, în sfârșit, o legătură între documentul constator și motivele de excludere.

Concluzionând, simpla existență a unui document constator negativ, calificat astfel pentru diverse motive de neexecutare întocmai a contractului, contestatoarea consideră că nu dă dreptul autorității contractante să elimine din competiție, după bunul plac, ofertantul respectiv. Respingerea devine pertinentă/legală doar dacă se îndeplinesc, cumulativ, cele trei condiții:

- neîndeplinirea contractului să fie aferentă ultimilor 2 ani; - certificatul în discuție îndeplinește această condiție,
- motivele de neexecuție să fie imputabile aceluși ofertant; - certificatul în discuție îndeplinește această condiție,

-beneficiarul să fi reclamat grave prejudicii; - certificatul în discuție nu îndeplinește această condiție.

În acest context, consideră că măsura de respingere a ofertei sale nu corespunde realității admise de lege, declararea inacceptabilă a ofertei sub pretextul incidenței art. 181 lit. c¹) din ordonanța de urgență, nu se confirmă în speță, deoarece lipsește elementul „prejudiciu grav” produs.

De altfel, autoarea contestației solicită Consiliului a avea în vedere, în soluționare, și practica judiciară, relevantă fiind Decizia civilă nr. 295/CA/2012, pronunțată de Curtea de Apel - Secția a II-a de contencios administrativ și fiscal, dar și Decizia nr. 2068/2014, pronunțată de Curtea de Apel - Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, prin aceasta din urmă fiind respinsă plângerea formulată de autoritatea contractantă din prezenta cauză împotriva deciziei CNSC nr. 344/C4/171/03.02.2014, decizie prin care s-a admis contestația depusă de un operator economic a cărui ofertă a fost respinsă în temeiul aceluiași art. 181 lit. c¹) din ordonanța de urgență, din considerentul, similar speței de față, al existenței unui document constatat.

Ori având în vedere aceste aspecte, precum și faptul că prejudiciul suferit de emitentul Documentului constatat nr. 153244/11.01..... a fost acoperit în integralitate din cuantumul garanției de bună execuție, ... SRL solicită Consiliului a concluziona că nu sunt îndeplinite condițiile de descalificare impuse de art. 181 lit. c¹) din OUG nr. 34/2006.

În vederea soluționării contestației, Consiliul a solicitat autorității contractante, prin adresa nr. 6294/...../...../....., în temeiul art. 274 din OUG nr. 34/2006, transmiterea copiei dosarului achiziției publice, documentele de calificare depuse de contestatoare, precum și punctul de vedere cu privire la contestația depusă de SRL.

Prin adresa nr. B 3672/09.03....., înregistrată la CNSC cu nr. 6860/11.03....., autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestația depusă de SRL, împreună cu documentele solicitate care au fost completate ulterior și înregistrate la CNSC cu nr. 7000/.....

....., prin punctul său de vedere, precizează că, în fișa de date a achiziției, punctul III.2.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului, a solicitat prezentarea de către ofertanți a „Declarației privind neîncadrarea în prevederile art. 181 din OUG nr. 34/2006”.

Fiind o cerință de calificare stabilită prin documentația de atribuire, consideră că dreptul autorității contractante de a considera oferta inacceptabilă devine o obligație.

În sprijinul afirmațiilor sale achizitoarea invocă cele reținute de Ministerul Agriculturii și Dezvoltării Rurale în Documentul constatat negativ nr. 153244/11.01.....

Autoritatea contractantă consideră că prejudiciul creat nu trebuie apreciat prin prisma valorică a acestuia, ci prin procentele nerealizării contractului (23,7%), în acest sens apreciind și comisia de evaluare a ofertelor faptul că ofertantul a produs grave prejudicii, respingând oferta ca inacceptabilă.

Astfel, apreciază că hotărârea comisiei de evaluare a fost corectă și legală, drept pentru care solicită respingerea contestației formulate de SRL, ca netemeinică și nelegală.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 7886/21.03....., contestatoarea SRL a transmis factura fiscală nr. PSBH 2428/..... în valoare de 1200 lei ce reprezintă contravaloarea serviciilor juridice cu privire la contestația în cauză.

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

În vederea atribuirii contractului de furnizare, în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de cerere de oferte online. Conform invitației de participare nr./....., publicată în Sistemul Electronic de Achiziții Publice, data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită pentru 01.02....., ora 1500. Valoarea estimată a contractului este de 162.700,00 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”.

Ca urmare a finalizării evaluării ofertelor, a fost întocmit raportul procedurii nr. 2853/29.02.....

Ulterior, ca urmare a comunicării de către autoritatea contractantă a rezultatului procedurii prin adresa nr., nemulțumită fiind de faptul că oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, în temeiul prevederilor art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006, coroborate cu prevederile art. 181 din OUG nr. 34/2006, ... SRL a depus contestația în cauză, solicitând anularea adresei nr. prin care oferta sa a fost declarată inacceptabilă pentru neîndeplinirea cerințelor minime de calificare stabilite prin documentația de atribuire, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale, reluarea procedurii de atribuire cu luarea în considerare a ofertei prezentate și desemnarea ofertei câștigătoare, respectiv obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de formularea contestației.

Analizând criticile contestatoarei împotriva deciziei autorității contractante de respingere a ofertei sale ca inacceptabilă pentru loturile 1, 2, 3 și 4, Consiliul constată lipsa de temei a acestora.

În stabilirea acestei finalități, Consiliul a avut în vedere motivele de respingere comunicate de autoritatea contractantă prin adresa nr., respectiv faptul că în ultimii 2 ani și-a îndeplinit defectuos obligațiile contractuale din motive imputabile contestatoarei, astfel cum rezultă din Documentul constatatator negativ nr. 153244/ 11.01.....

Legat de acest aspect, Consiliul constată că, în perioada de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă, prin adresa nr. B1293/04.02....., a solicitat contestatoarei, la pct. 1, clarificări cu privire la Declarația privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 181 din OUG nr. 34/2006 depusă în SEAP, care nu este completată conform documentației de atribuire, precum și transmiterea Documentul constatatator negativ nr. 153244/11.01.....

Acestei solicitări, contestatoarea i-a răspuns prin adresa nr. 329/05.02....., precizând cu privire la aspectul supus analizei că cele reținute în cadrul Documentului constatator nu sunt de natură a conduce la aplicabilitatea unuia din cazurile menționate la art. 181 din OUG nr. 34/2006, din cadrul acestui document lipsind elementul gravului prejudiciu adus autorității contractante, suma menționată neputând fi încadrată drept grav prejudiciu. De asemenea, a menționat că suma în discuție, de aproximativ 250 lei, a fost în întregime recuperată de către autoritatea contractantă din garanția de bună execuție.

Analizând Documentul constatator nr. 153244/11.01....., emis de Ministerul Agriculturii și Dezvoltării Rurale, Consiliul constată că acesta a fost emis urmare a modului în care SRL s-a achitat de obligațiile contractuale ce-i reveneau, sens în care s-au reținut următoarele:

a) abateri de la calitatea produselor contractate: o parte din produsele livrate nu au corespuns prevederilor caietului de sarcini și a propunerii tehnice a Furnizorului;

b) nerespectarea termenelor contractuale de livrare produse/prestare servicii/executare lucrări din culpă: o parte din produse nu au fost livrate în timp, din lipsa acestora din stocul Furnizorului;

.....
d) altele: furnizorul nu și-a îndeplinit obligațiile contractuale în mod corespunzător, respectiv din totalul de 129 articole prevăzute în caietul de sarcini și oferta tehnică și financiară, au fost livrate și recepționate 99 din produsele furnizate [...] iar 30 de produse dintre cele ce trebuiau a fi furnizate în baza contractului, nu au corespuns din punct de vedere tehnic sau nu au fost livrate din lipsa acestora pe stocul furnizorului” și „s-a constatat că obligațiile contractuale au fost îndeplinite în mod parțial, respectiv contractul fiind îndeplinit în proporție de 76,7%, din punct de vedere al numărului de articole furnizate, iar din punct de vedere valoric acesta a fost îndeplinit în proporție de 77,29%

.....
9. Prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului (dacă este posibil cuantificarea valorică a acestora): prejudiciul creat este în proporție de 22,71% din valoarea contractului, urmând a se reține acest quantum din garanția de bună execuție, respectiv suma de 264,52 lei.

În soluționarea cauzei sunt considerate relevante următoarele prevederi legale:

- art. 181 din OUG nr. 34/2006:

Autoritatea contractantă are dreptul de a exclude dintr-o procedură pentru atribuirea contractului de achiziție publică orice ofertant/candidat care se află în oricare dintre următoarele situații: ...

c¹) în ultimii 2 ani nu și-a îndeplinit sau și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale, din motive imputabile ofertantului în cauză, fapt care a produs sau este de natură să producă grave prejudicii beneficiarilor acestuia;

- art. 97¹ din HG nr. 925/2006:

(1) *Autoritatea contractantă are obligația de a emite documente constatatoare care conțin informații referitoare la îndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant și, dacă este cazul, la eventualele prejudicii, după cum urmează:*

a) pentru contractele de furnizare: în termen de 14 zile de la data terminării furnizării produselor care fac obiectul respectivului contract și, suplimentar, în termen de 14 zile de la data expirării perioadei de garanție a produselor în cauză; ...

(2) *Documentele constatatoare prevăzute la alin. (1) se întocmesc în 3 exemplare, autoritatea contractantă având următoarele obligații:*

a) să elibereze un exemplar operatorului economic;

b) să depună un exemplar la dosarul achiziției publice; și

c) să transmită un exemplar Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, în cel mult 10 zile de la data expirării termenelor prevăzute la alin. (1).

(5) *Documentele constatatoare emise de către autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile alin. (1) pot fi contestate în justiție potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările ulterioare.*

- Legea nr. 554/2004:

- art. 8 alin. (1): *"Persoana vătămată într-un drept recunoscut de lege sau într-un interes legitim printr-un act administrative unilateral, nemulțumită de răspunsul primit la plângerea prealabilă sau care nu a primit niciun răspuns în termenul prevăzut la art. 2 alin. (1) lit. h), poate sesiza instanța de contencios administrativ competentă, pentru a solicita anularea în tot sau în parte a actului, repararea pagubei cauzate și, eventual, reparații pentru daune morale";*

- art. 14 alin. (1): *"În cazuri bine justificate și pentru prevenirea unei pagube iminente, o dată cu sesizarea, în condițiile art. 7, a autorității publice care a emis actul, persoana vătămată poate să ceară instanței competente să dispună suspendarea executării actului administrativ până la pronunțarea instanței de fond";*

- art. 15 alin. (1): *"Suspendarea executării actului administrativ unilateral poate fi solicitată de reclamant și prin cererea adresată instanței competente pentru anularea, în tot sau în parte, a actului atacat. În acest caz, instanța poate dispune suspendarea actului administrativ atacat, până la soluționarea definitivă și irevocabilă a cauzei. Cererea de suspendare se poate formula o dată cu acțiunea principală sau printr-o acțiune separată, până la soluționarea acțiunii în fond".*

Raportat la aceste prevederi legale, susținerile contestatoarei cu privire la neîndeplinirea condițiilor de la art. 181 lit. c1 nu pot fi reținute. Astfel, după cum însăși recunoaște inclusiv contestatoarea, conform Documentul constator nr. 153244/11.01....., există cel puțin un contract care confirmă faptul că în ultimii 2 ani nu și-a îndeplinit sau și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale, din motive imputabile autoarei contestației. Ori, atât valoric, cât și cantitativ, respectivul contract nu a

fost dus la îndeplinire de către petentă. Diminuarea relevanței neachitării sale de obligațiile ce-i reveneau prin nelivrarea a aproximativ un sfert din cantitatea care trebuia furnizată, prin invocarea nivelului scăzut a sumei reținute din garanția de bună execuție, nu poate fi primită.

Neexecutarea a unui sfert dintr-un contract este indubital un prejudiciu grav.

Mai mult decât atât, modul în care a considerat că a derulat respectivul contract este acceptat de contestatoare, fiind susținută doar lipsa gravului prejudiciu. Nici din răspunsul la solicitarea de clarificări și nici din contestație nu rezultă vreo intenție de atacare, în condițiile legii, a documentului constatator.

În discuție fiind un act administrativ unilateral, acesta, potrivit legii contenciosului administrativ, se bucură de prezumția de legalitate, autenticitate și veridicitate, neexistența unei hotărâri din partea instanței de contencios administrativ competente prin care să fie anulat, în tot sau în parte, face ca acesta să continue să producă efecte.

Documentul constatator este un act administrativ ce are caracter executoriu dacă nu a fost suspendat de instanță, astfel că dispozițiile acestuia produc efecte din momentul efectuării lui.

Faptul că respectivul beneficiar nu a reziliat contractul este considerat lipsit de relevanță în soluționarea cauzei atât timp cât a emis un document precum Documentul constatator nr. 153244/11.01..... Este responsabilitatea strictă a beneficiarului acelui contract rezilierea sau nu a acestuia, relevantă pentru soluționarea contestației fiind doar existența documentului constatator și a conținutului acestuia. Ori, conținutul acestui document a determinat, în mod corect, prin aplicarea prevederilor legale, respingerea ofertei sale.

Procedurii în cauză îi sunt aplicabile dispozițiile art. 971 din HG nr. 925/2006, în forma în vigoare la momentul inițierii procedurii (21 ianuarie), având în vedere dispozițiile finale (art. II) ale HG nr. 66/....., de modificare a HG nr. 925/2006.

În aceste condiții, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (5) și (6) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul respinge ca nefondată contestația formulată de către SRL în contradictoriu cu, și dispune continuarea procedurii.

Întrucât contestația a fost respinsă, în temeiul art. 278 alin. (8) din OUG nr. 34/2006, Consiliul va respinge cererea contestatoarei de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor prilejuite de formularea contestației.

PREȘEDINTE COMPLET,

.....

MEMBRU COMPLET,

.....

MEMBRU COMPLET,

.....

Redactată în patru exemplare, cuprinde 9 pagini.