



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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Prin contestația din data de, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., înaintată de, cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ..., având CUI ..., reprezentată legal prin administrator și convențional prin avocat, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în, formulată împotriva raportului procedurii, emis de, cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „..... s-a solicitat Consiliului:

- anularea raportului procedurii nr. .. și a comunicării rezultatului procedurii nr. ... prin care oferta depusă de către a fost exclusă din procedura de atribuire, precum și a oricăror acte interne anterioare și/sau subsecvente și conexe acestora, emise de către autoritatea contractantă cu privire la modalitatea de evaluare a ofertei
- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire cu respectarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, cu consecința stabilirii conformității și admisibilității ofertei

**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 solicită anularea raportului procedurii nr. .. și a comunicării rezultatului procedurii nr.

Contestatoarea prezintă un scurt istoric al desfășurării procedurii de atribuire, menționând că documentele constatatoare sunt, în prezent, suspendate.

În primul rând, prin soluția pronunțată în dosarul nr. Tribunalului Sibiu, s-a dispus suspendarea executării documentelor constatatoare. Față de nelegalitatea documentelor constatatoare, S.....a formulat atât cerere de anulare a acestora, cât și cerere de suspendare a executării. Cererea de suspendare a fost admisă, iar efectele documentelor constatatoare sunt, în consecință, suspendate până la soluționarea definitivă a cauzei în fond.

În al doilea rând, din comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, rezultă că autoritatea contractantă a fost informată de către privind contestarea de către a documentelor constatatoare. Prin urmare, deși a cunoscut că nelegalitatea documentelor constatatoare era disputată în fața instanței de judecată, autoritatea contractantă a exclus oferta contestatoarei din procedura de atribuire, această măsură fiind nelegală.

Contestatoarea menționează că documentele constatatoare nu au produs niciodată efecte față de SC SRL în lipsa comunicării.

În primul rând, documentele constatatoare față de simpla existență a cărora autoritatea contractantă a dispus excluderea contestatoarei din procedura de atribuire nu au fost niciodată comunicate către și/sau publicate în SEAP. Prin urmare, atât timp cât contestatoarei nu i-au parvenit aceste documente în mod direct, oficial și legal, efectele acestora nu s-au produs niciodată față de petentă. Toate aceste aspecte au fost aduse la cunoștința autorității contractante prin răspunsurile la solicitările de clarificare.

În al doilea rând, un document constatatator nu poate produce efecte câtă vreme nu este comunicat și/sau publicat în SEAP, pentru a-i da posibilitatea operatorului vizat să își exercite drepturile de a-l cunoaște, analiza, contesta. De altfel, dispozițiile legale incidente sunt extrem de clare în a recunoaște un efect suspensiv de drept pe toată perioadă cuprinsă între momentul emiterii unui document constatatator și perioada publicării/ finalizării demersurilor de contestare îndreptate împotriva sa, situație față de care contestatoarea semnalează următoarele dispoziții relevante:

a) Documentele care vizează conduita contractuală a unui anumit operator economic trebuie să îi fie comunicate acestuia pentru a se putea considera că acestea produc efecte, în caz contrar, ele nu îi pot fi opuse acestuia întrucât nici nu se poate prezuma luarea la cunoștință, nici nu își poate exercita drepturile conferite de lege, nici nu poate întreprinde alte tipuri de măsuri de natură a-i proteja drepturile. Relevante în acest sens sunt următoarele dispoziții legale și jurisprudențiale: art. 166 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016 și art. 166 alin. (4) din HG nr. 395/2016.

Exercitarea dreptului de a contesta, în conformitate cu dispozițiile Legii nr. 554/2004, presupune comunicarea prealabilă, obligatorie, a actului administrativ însoțit de motivarea completă din partea autorității a condițiilor și motivelor emiterii lui. O vastă jurisprudență interpretativă dezvoltată la nivel național și european susține această interpretare:

- Recomandarea (2007) a Comitetului de Miniștri (art. 17 pct. 2) și Rezoluția (77) a Comitetului de Miniștri (principiul IV), preluate în Codul European al Bunei Conduite Administrative.

- Cerința comunicării și motivării actelor administrative rezultă în mod expres și din principiul IV din Rezoluția (77)31 a Comitetului de Miniștri al Statelor Membre privind protecția în raport cu actele administrației, conform căruia *„atunci când un act este de natura a aduce atingere drepturilor, a libertăților sau intereselor individului, persoana interesată este informată cu privire la motivele care au stat la baza emiterii actului. Acest lucru se face fie prin indicarea motivelor în cuprinsul actului, fie, la cererea persoanei interesate, prin comunicare în scris într-un termen rezonabil”*.

b) Și dacă ar fi comunicat, dreptul operatorului de a beneficia de suspendarea efectelor pe perioada anterioară publicării lui este unitar apreciat în legislație, doctrină și jurisprudență drept un garant al liberului acces la justiție; interpretarea contrară, potrivit căreia documentul constatator negativ ar produce efecte imediat după emitere și chiar fără a fi fost comunicat, pe chiar perioada de soluționare a demersurilor judiciare promovate pentru demonstrarea nelegalității lui, contravine atât voinței legiuitorului, cât și interpretărilor unitar oferite de practica și doctrina relevante.

În al treilea rând, comunicarea documentelor constatatoare către nu echivalează sau substituie comunicarea acestor acte către contestatoare. Între și a fost încheiat acordul de asociere, acesta nu a fost niciodată legalizat pentru a i se oferi forță juridică, probantă. În urma răspunsului formulat de, autoritatea contractantă reține că documentele constatatoare au fost comunicate către liderul asocierii și, în consecință, ar produce efecte și față de contestatoare. Acest raționament este profund greșit având în vedere că și sunt două entități diferite.

Potrivit acordului de asociere, între și nu există nicio obligație privind informarea reciprocă în ceea ce privește relația cu, astfel încât să se poată considera că avea dreptul de a fi informată în acest sens de către, Prin urmare, dat fiind lipsa obligației de a informa privind relațiile contractuale cu, autoritatea contractantă nu poate, în mod corect, considera că petenta a fost informată privind existența documentelor constatatoare doar pentru că au fost comunicate societății, chiar și în considerarea existenței acordului de asociere.

În al patrulea rând, documentele constatatoare nu au fost emise pentru asociere, ci pentru fiecare dintre cei doi membrii ai asocierii, astfel încât comunicare acestora să se poată face față de asocierea nelegalizată. Astfel, atât timp cât a făcut în mod clar distincția între

membrii asocierii prin emiterea documentelor constatatoare față de fiecare, se impunea ca și comunicarea acestora să se realizeze inclusiv și către pentru a produce, eventual, efectele dorite.

Raportat la faptul că documentele constatatoare nu au fost niciodată comunicate către, este indubitabil faptul că efectele acestora nu se pot produce față de contestatoare.

Prin urmare, situația intervenită nu este de natură a atrage excluderea din procedura de atribuire având în vedere că nu a luat cunoștință de documentele constatatoare și nu a putut demara niciun demers judiciar și nici să procedeze la inițierea unor măsuri necesare pentru probarea credibilității sale.

Contestatoarea precizează că oferta sa îndeplinea toate cerințele impuse prin documentația de atribuire și putea fi declarată câștigătoare prin aplicarea criteriului de atribuire deoarece avea prețul cel mai scăzut. Cu toate acestea, autoritatea contractantă a decis excluderea din procedura de atribuire în mod abuziv fără a lua în considerare dispozițiile legale incidente ce stabilesc că un act administrativ produce efecte doar de la momentul comunicării sale către persoana față de care a fost emis, iar doar ulterior acestei comunicări, actele se pot publica în SEAP. Excluderea prin utilizarea documentelor constatatoare necomunicate contestatoarei și nepublicate în SEAP și fără a solicita dovezi privind credibilitatea sa conduce la respingerea ofertei în mod nelegal și la cauzarea unor consecințe negative în activitatea economică a

Contestatoarea menționează că autoritatea contractantă nu a procedat la verificarea îndeplinirii condițiilor impuse de lege pentru a dispune excluderea din procedura de atribuire

În primul rând, legiuitorul nu a prevăzut că motivul de excludere operează de drept în situația în care pentru un operator economic a fost emis un document constatator, fără a fi necesare alte verificări. Contestatoarea învederează dispozițiile art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016.

Prin urmare, autoritatea contractantă nu trebuie să aplice în mod automat aprecierea făcută, în cadrul unui alt contract de achiziție publică, de o altă entitate contractantă, ci trebuie să examineze și să aprecieze ea însăși, în mod diligent, imparțial și în concret faptele care au determinat emiterea documentului constatator pe baza tuturor documentelor relevante prin raportare la operatorul vizat.

Or, la o simplă analiză a comunicării rezultatului procedurii rezultă în mod clar că oferta nu a fost exclusă din procedura de atribuire urmare a unei verificări a autorității contractante a îndeplinirii condițiilor legale (adică a conduitei), ci strict urmare a existenței documentelor constatatoare (aspect foarte general).

În al doilea rând, pentru a se dispune excluderea unui ofertant din cadrul procedurii de atribuire în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) coroborat

cu art. 171 din Legea nr. 98/2016 și art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016, trebuie îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiții, respectiv:

- Încălcarea de către ofertant în mod grav sau repetat a obligațiilor principale din contract;

- Încălcările să fi condus fie la încetarea anticipată a contractului, fie la plata de daune - interese, fie la aplicarea altor sancțiuni comparabile; iar

- Chiar întrunite aceste condiții, ofertantul să nu poată să își probeze credibilitatea. Astfel, chiar și un operator care s-ar face vinovat de încălcarea gravă/repetată a unui contract anterior și plata daunelor interese (situație care nu e aplicabilă) are șansa de a-și menține capacitatea de atribuire a altui contract dacă își probează credibilitatea, toate aceste trei aspecte impunându-se a fi fost verificate de către Autoritatea contractantă cu maximă atenție, diligență și claritate.

Niciuna dintre cele trei condiții anterior menționate nu au fost analizate de către autoritatea contractantă anterior excluderii din Procedura de atribuire.

În al treilea rând, cele două condiții prevăzute de lege nu sunt îndeplinite în privința Nicio încălcare nu îi poate fi imputată contestatoarei, iar autoritatea contractantă nu a procedat la analiza temeinică a îndeplinirii acestor condiții de către

Contestatoarea menționează că penalitățile de întârziere reținute prin cel de al doilea document constatator, considerat final și corect de către chiar emitentul lui, au fost oricum achitate, niciun prejudiciu nefiind înregistrat la nivelul emitentului în prezent.

Referitor la prejudiciile stabilite prin documentele constatatoare, contestatoarea precizează că a procedat la plata penalităților de întârziere, astfel cum acestea au fost calculate prin cel de al doilea document constatator. Prin urmare, prejudiciul adus Primăriei Sibiu a fost achitat în integralitate și, în consecință, nici această condiție impusă de lege nu este îndeplinită.

Autoritatea contractantă nu a formulat nicio clarificare a credibilității contestatoarei prin depunerea unor dovezi în acest sens.

Relevante pentru demonstrarea lipsei de fundament a deciziei de excludere contestate sunt următoarele aspecte privind situația efectivă, personală, a ofertantului respins:

- Cota de participare a în cadrul asocierii cu a condus la imposibilitatea acesteia de a se implica în mod real în deciziile luate în executarea obligațiilor contractuale. Prin cota de participare redusă (20%), ... nu a avut posibilitate de control și management al Contractului, ci a fost ținut doar de furnizarea produselor de iluminat ornamental festiv, fără a putea interveni și influența în vreun fel deciziile liderului de asociere, ... în relația cu

-, în calitate de membru al asocierii, nu a încălcat obligațiile sale pentru că nu a realizat nicio activitate necorespunzătoare în îndeplinirea obligațiilor sale.

Contestatoarea concluzionează următoarele:

- Actuala excludere se bazează exclusiv pe simpla existența a documentelor constatatoare, iar efectele acestora, în prezent, sunt suspendate;

- Documentele constatatoare nu au fost niciodată comunicate către și, prin urmare, nu produc efecte față de acesta, aspect ce i-a fost explicat în mod repetat autorității contractante prin răspunsurile la solicitările de clarificare; deși putea și trebuia să o facă, autoritatea nu a verificat acest aspect, anterior excluderii;

- Autoritatea contractantă nu a procedat la o examinarea diligentă și imparțială a îndeplinirii condițiilor impuse de dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, excluderea din procedura de atribuire fără o cercetare prealabilă fiind abuzivă.

În drept, contestatoarea invocă dispozițiile art. 8 raportat la art. 2 din Legea nr. 101/2016, precum și pe toate dispozițiile legale prezentate în cuprinsul contestației.

În probațiune, contestatoarea depune, în copie, documente.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., autoritatea contractantă a transmis punctul său de vedere, solicitând respingerea contestației formulată de către asocieria- ..., ca fiind nefondată.

Autoritatea contractantă prezintă un scurt istoric al desfășurării procedurii de atribuire, menționând că în urma analizării ofertelor depuse și în urma unei documentări suplimentare cu privire la ofertanții implicați în procedura de achiziție, comisia de evaluare a constatat existența unui document constatator negativ în numele asocierii - , emis de către

..... a solicitat .. informații despre existența și conținutul acestui document.

Prin adresa nr. a confirmat existența a două certificate constatatoare negative pentru contractul nr. ... la procedura „.....”, primul înregistrat sub nr. ..., din care reiese îndeplinirea necorespunzătoare a contractului și măsura luată de reziliere a contractului și stabilirea prejudiciilor aduse autorității, iar al doilea înregistrat sub nr....., ce corectează valoarea penalităților stabilite în primul certificat și atașează răspunsului cele 2 certificate constatatoare.

Certificatele constatatoare au fost comunicate asocierii SC, iar liderul acesteia a formulat plângerea prealabilă înregistrată la ... sub nr.

... și-a menținut hotărârea și documentele emise comunicate asocierii prin adresa nr. ..., conform confirmării de primire din data de Se mai menționează că asocieria a formulat acțiunea de contestare în instanță prin care solicită anularea celor 2 documente constatatoare negative, ce fac obiectul dosarului nr. ... aflat pe rolul

Mai mult decât atât, documentul constatator negativ a stat și la baza respingerii ofertei depuse de la .. în procedura simplificată ..., conform raportului procedurii nr. la obiectivul ".....

Comisia de evaluare a constatat faptul că prin Decizia nr. ... Consiliul a anulat, în urma contestației înaintată de către raportul procedurii nr. ... întocmit de în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea încheierii unui acord cadru având ca obiect "....., prin care a fost declarat câștigător, motivul contestației fiind existența documentului constatator negativ emis de

De asemenea Consiliul a reținut și faptul că documentul constatator nu a fost anulat de o instanță de judecată, până la data depunerii ofertei, producând astfel efecte, bucurându-se pe cale de consecință de prezumția de legalitate.

În urma ședinței de evaluare din data de ..., comisia a hotărât să solicite clarificări asocierii , cu privire la existența celor două certificate constatatoare negative, respectiv certificatul nr. și nr., pentru contractul executat în asociere cu, nr. ...

..... a răspuns în termenul solicitat, depunând adresa nr. prin care susține că nu are cunoștință de existența niciunui document constatator negativ, că nu i-a fost comunicat un astfel de document și nici nu este publicat în SEAP/SICAP.

Analizând răspunsul transmis de asocieria și certificatele constatatoare negative emise de, comisia de evaluare a stabilit că abaterile rezultate din acestea dovedesc erori săvârșite în derularea contractului care au dus în final la rezilierea acestuia. Însăși rezilierea contractului și evidențierea penalităților sunt abateri grave iar declarația DUAE nu conține niciun fel de referință la aceste documente constatatoare negative.

Astfel, afirmația contestatorului , potrivit căreia nu avea cunoștință de cele două documente constatatoare negative, nu poate fi primită, neavând un suport real.

Comisia de evaluare a apreciat în mod just și legal că existența certificatelor constatatoare negative este un temei obiectiv pentru respingerea ofertei depuse, indiferent de motivul invocat cu privire la necomunicarea acestora, stabilind excluderea asocierii din procedura de achiziție publică, sens în care a fost întocmit raportul procedurii iar rezultatul acesteia a fost comunicat ofertanților în termenul legal.

În drept, comisia de evaluare și-a întemeiat decizia de respingere a ofertei depuse de asocieria -, pe prevederile art. 167 alin (1), art. 169, art. 171 din Legea nr. 98/2016, art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, precum și HG nr. 395/2016.

Autoritatea contractantă precizează că procedura de achiziție Proiectare și Execuție la obiectivul de investiții a făcut obiectul unui control Ex Ante efectuat de către ANAP, prin persoane împuternicite din cadrul acestei instituții, menționate la pct. 2 din Decizia de verificare nr., la solicitarea primăriei

Prin adresa din data de, înregistrată la Consiliul National de Soluționare a Contestățiilor cu nr., contestatoarea a transmis note scrise, solicitând admiterea contestației.

Contestatoarea precizează că argumentele autorității contractante sunt netemeinice și nelegale având în vedere că, în primul rând, prin Sentința civilă s-a dispus suspendarea executării documentelor constatatoare. Prin urmare, la acest moment, măsura excluderii contestatoarei se bazează pe documente a căror executare este suspendată urmare a constatării de către instanța de judecată a unui dubiu rezonabil și suficient privind legalitatea acestora.

În al doilea rând, documentele constatatoare nu au fost emise în numele asocierii, cum în mod greșit susține autoritatea contractantă, ci pentru fiecare membru, aspect ce rezultă la o simplă analiza sumară a acestor documente. Această conduită este nelegală dat fiind faptul că obligația autorității contractante de a verifica îndeplinirea condițiilor cumulative ale art. 167 alin. 1 lit. g) din Legea nr. 98/2016 este prevăzută de dispozițiile art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016.

În al treilea rând, documentele constatatoare nu au fost comunicate către asocierie, ci doar către, care nu avea atribuții de transmitere a corespondenței către, Or, atât timp cât nu s-a procedat la comunicarea documentelor constatatoare și către, efectele acestora nu s-au produs și, în consecință, nu avea posibilitatea reală de a întreprinde demersurile necesare în vederea contestării legalității acestor acte administrative și de a proceda la luarea măsurilor în vederea dovedirii credibilității sale.

În al patrulea rând, în susținerea temeiniciei excluderii contestatoarei din procedura de atribuire, autoritatea contractantă invocă respingerea ofertei unui alt operator dintr-o altă procedură de atribuire și Decizia Consiliului nr. care nici măcar nu dispune excluderea.

În al cincilea rând, simpla indicare în cadrul documentelor constatatoare a întocmirii acestora în conformitate cu prevederile legale nu echivalează în niciun caz cu o comunicare legală și conformă a acestor acte administrative către având în vedere că:

- nu există nicio probă privind comunicarea documentelor constatatoare către contestatoare, autoritatea aflându-se în imposibilitatea reală de a demonstra acest fapt;

- întocmirea unui document constatator și comunicarea acestuia sunt două operațiuni distincte supuse unor reguli diferite;

- a informat în mod clar autoritatea contractantă că documentele constatatoare au fost comunicate doar către, iar nu și către, Susținerea privind informarea asocierii este netemeinică atât timp cât documentele constatatoare au fost emise pentru contractanți, iar nu pentru asocierie.

În al șaselea rând, critica autorității contractante privind solidaritatea între membrii asocierii este nerelevantă în soluționarea prezentei cauze. Solidaritatea menționată de către autoritatea contractantă vizează strict relația contractuală cu, fără a putea fi extinsă și în cadrul altor proceduri de atribuire față de care nicio solidaritate a respectivilor operatori nu poate fi reținută.

În al șaptelea rând, controlul exercitat de ANAP nu reprezintă o garanție a corectitudinii evaluării întreprinse de autoritatea contractantă deoarece verifcatorii ex-ante nu dublează analiza întreprinsă de către comisia de evaluare, ci verifica în mod exclusiv respectarea cerințelor legale privind aspectele procedurale și etapele de analiză.

Prin adresa din data de, înregistrată la Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor cu nr., contestatoarea a depus notă de cheltuieli solicitate de către SC SRL.

Prin adresa din data de, înregistrată la Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., contestatoarea a transmis note scrise, solicitând admiterea contestației și anularea actelor atacate.

Suplimentar argumentelor expuse pe larg în documentele anterior depuse la dosarul cauzei, contestatoarea precizează că în practica judiciară curentă s-a decis anularea măsurilor de excludere a dispuse în mod greșit de către autoritățile contractante urmare a constatării existenței documentelor constatatoare.

Contestatoarea învederează Decizia civilă pronunțată în data de de către ... în dosarul nr.

Măsurile de excludere a ... din procedurile de atribuire la care a participat au fost anulate de către instanțele de judecată în cadrul a două proceduri de atribuire distincte.

Față de dispozițiile instanței din cadrul spețelor similare (diferența fiind faptul că documentele constatatoare nu au fost niciodată comunicate către, iar acesta a fost privat de drepturile sale legale de a contesta aceste acte administrative) se desprind următoarele concluzii:

- simpla existență a documentelor constatatoare nu este de natură a conduce la excluderea ofertantului din procedura de atribuire; și
- anterior dispunerii măsurii excluderii din procedura de atribuire autoritatea contractantă are obligația ca prin propriile simțuri să evalueze situația concretă a operatorului economic în cauză și să procedeze la o solicitare de clarificare privind dovedirea credibilității ofertantului prin depunerea unor probe în acest sens.

Autoritatea contractantă a dispus măsura excluderii SC din procedura de atribuire strict urmare a constatării existenței documentelor constatatoare fără a proceda la o analiză temeinică a situației concrete a contestatoarei. Documentele constatatoare pe a căror simplă existență s-a fundamentat decizia de excludere sunt, în prezent, suspendate prin hotărâre judecătorească.

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

..... a inițiat o procedură simplificată în vederea atribuirii contractului având ca obiect, prin publicarea, în SICAP, a anunțului de participare nr. Valoarea estimată a contractului este de, iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”.

Decizia privind rezultatul procedurii i-a fost comunicată prin adresa nr....., în care se arată că oferta sa a fost exclusă din procedură, aflându-se în situațiile reglementate la art. 167 alin. (1) lit. a) și g) din Legea nr. 98/2016. În adresă, autoritatea contractantă expune pe larg aspectele de fapt și de drept care au condus la luarea măsurii de excludere.

Împotriva acestei decizii a autorității contractante, ... a înaintat Consiliului contestația de față (consemnând cauțiunea în valoare de, cu recipisa de consemnare nr., emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria), solicitând:

- anularea raportului procedurii nr. și a comunicării rezultatului procedurii nr. prin care oferta depusă de către a fost exclusă din procedura de atribuire, precum și a oricăror acte interne anterioare și/sau subsecvente și conexe acestora, emise de către autoritatea contractantă cu privire la modalitatea de evaluare a ofertei

- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire cu respectarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, cu consecința stabilirii conformității și admisibilității ofertei

Verificând legalitatea deciziei autorității contractante de a stabili că se afla în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, Consiliul constată următoarele aspecte din istoricul desfășurării procedurii de achiziție publică:

- a depus ofertă în procedură, în asociere cu ..., prezentând DUAE în care nu a făcut referire la eventuale documente constatatoare emise pentru societate.

- prin adresa nr. ..., autoritatea contractantă a cerut să îi comunice documentul constatator din data de ..., menționat și în decizia CNSC nr., referitor la activitatea asocierii .. - în proiectul

- ... a răspuns prin adresa nr., arătând că **„În data de s-a emis certificatul constatator, iar în data de s-a emis certificatul constatator nr., întrucât în certificatul constatator, s-a greșit cuantumul penalităților.”** De asemenea, în răspunsul său, primăria menționează și că ... a formulat cererea de anulare a celor două documente constatatoare, cerere ce face obiectul dosarului nr.

Rezultă, din această mențiune a Primăriei Municipiului Sibiu, că, în fapt, există un singur document constatator valid, respectiv nr., acesta fiind cel corect, emiterea lui fiind determinată de înscrierea unei valori eronate a cuantumului penalităților în primul certificat constatator, nr. ... Însă, nu există vreo mențiune a emitentului, în cel de-al doilea

certificat, a situației care a determinat întocmirea lui și nici cu privire la faptul că îl anulează pe cel anterior, nr. De asemenea, nu se identifică în speță vreun document emis de .. prin care certificatul constatator nr. să fi fost anulat ori revocat.

În răspunsul ... nu se regăsesc niciun fel de mențiuni privind comunicarea documentelor constatatoare către și nici referiri la demersuri realizate de societate cu privire la aceste documente.

- prin adresa nr., autoritatea a cerut societății să justifice existența a două certificate constatatoare negative, nr., diferența dintre ele fiind dată de cuantumul penalităților, emise de ..pentru asocierea .. - în legătură cu proiectul.....

În cuprinsul documentului constatator nr. emis pentru ... și pentru, sunt înscrise următoarele informații:

„6. Criterii de evaluare a modului de indeplinire a contractului – nesatisfacatoare.

7. Comunicarea și colaborarea contractantului cu autoritatea contractanta – nesatisfacatoare.

9. Contractul a fost indeplinit corespunzător – Nu. Motivatii: a) abateri de la calitatea produselor contractate; b) abateri de la parametrii tehnici solicitați pentru produse; c) nerespectarea termenelor contractuale de livrare a produselor contractate; d) abateri de la documentația solicitată care trebuia să însoțească produsele; e) rezilierea contractului – da.

10. Prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului:

a) penalități de 2% din valoarea produselor livrate cu întârziere; având în vedere că produsele nu au fost însoțite de documentele solicitate prin caietul și că nu corespund din vedere calitativ se calculează o penalitate de 2% din valoarea totală a contractului. Valoarea penalităților este de 27.979,10 lei (exclusiv TVA).

b) chirie pentru spațiul de depozitare ocupat începând cu data de 06.04.2019

c) contravaloarea măsurătorilor și verificărilor efectuate pentru stabilirea puterii absorbite de ornamente livrate: 12.334,69 lei.”

În cuprinsul documentului constatator nr., emis pentru și pentru, sunt înscrise următoarele informații:

„6. Criterii de evaluare a modului de indeplinire a contractului – nesatisfacatoare.

7. Comunicarea și colaborarea contractantului cu autoritatea contractanta – nesatisfacatoare.

9. Contractul a fost indeplinit corespunzător – Nu. Motivatii: a) abateri de la calitatea produselor contractate; b) abateri de la parametrii tehnici solicitați pentru produse; c) nerespectarea termenelor contractuale de livrare a produselor contractate; d) abateri de la documentația solicitată care trebuia să însoțească produsele; e) rezilierea contractului – da.

10. Prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autoritatii contractante pe perioada derularii contractului:

a) penalitati de 2% din valoarea produselor livrate cu intarziere; avand în vedere ca produsele nu au fost insotite de documentele solicitate prin caietul și ca nu corespund din vedere calitativ se calculeaza o penalitate de 2% din valoarea totala a contractului. Valoarea penalitatilor este de 777,20 lei.

b) chirie pentru spatiul de depozitare ocupat incepand cu data de 06.04.2019

c) contravaloarea masuratorilor și verificarilor efectuate pentru stabilirea puterii absorbite de ornamente livrate: 12.334,69 lei."

- a răspuns prin adresa nr. menționând:

- nici asocierea și nici vreunul dintre membrii săi nu a participat la derularea proiectului indicat de autoritate;

- niciunul dintre membrii asocierii nu are cunoștință despre emiterea vreunui document constatatator negativ, până la această dată nefiindu-le comunicat un astfel de document de către vreuna dintre autoritățile publice alături de care au derulat proiecte anterior;

- nu se identifică, publicat în SEAP/SICAP, niciunul dintre documentele constatatoare la care autoritatea face referire;

- în consecință, asocierea menționează că nu poate răspunde solicitării autorității contractante, nefiind în posesia informațiilor legate de existența acestor documente constatatoare și nederulând proiectul la care autoritatea face referire.

- prin adresa nr., autoritatea revine și reiterează solicitarea de clarificări anterioară, cu trimitere, de această dată, la proiectul contract nr. ..., vizavi de care a emis cele două documente constatatoare amintite.

- a răspuns prin adresa nr.... menționând că își menține afirmațiile anterioare față de faptul că cele două documente constatatoare nu i-au fost comunicate și nici nu se regăsesc publicate în SEAP/SICAP, drept urmare nu poate face precizări față de o situație pe care nu o cunoaște. În continuarea răspunsului său, societatea expune considerente și dispoziții legale cu referire la emiterea, regimul juridic și consecințele documentelor constatatoare emise de autorități contractante.

- în raportul procedurii nr., comisia de evaluare, în justificarea deciziei de excludere a asocierii contestatoarei, se limitează la a preciza existența celor două documente constatatoare amintite înainte.

Având a se pronunța asupra legalității acestei măsuri a autorității contractante, Consiliul observa următoarele dispoziții ale Legii nr. 98/2016 în forma în vigoare la data inițierii acestei proceduri de achiziție publică:

- art. 167

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

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

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

- art. 171

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

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

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

În stabilirea legalității actului atacat, se vor avea în vedere dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016, citate mai sus, care stabilesc în ce condiții operează excluderea operatorului economic. Astfel, abordând coroborat cele două texte ale

art. 167, Consiliul concluzionează că, pentru a fi incident cazul de excludere arătat, este necesară îndeplinirea cumulativă a următoarelor condiții:

- *operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior;*

- *încălcarea gravă a obligațiilor contractuale poate fi considerată neexecutarea contractului ori livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract;*

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

Astfel, pentru a decide dacă a fost în mod legal exclusă din procedură, trebuie verificat și stabilit dacă, referitor la executarea de către aceasta a obligațiilor ce îi reveneau în baza contractului nr., încheiat cu .., s-a făcut vinovată de încălcarea în mod grav sau repetat a obligațiilor sale principale și dacă această presupusă conduită a sa a condus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Din modul de exprimare a legiuitorului, în emiterea dispozițiilor coroborate ale art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016, se constata că excluderea operează în situația în care sunt îndeplinite cumulativ condițiile amintite, respectiv conduita viciată a operatorului economic, conduită care să fi avut efectele amintite. Este de observat că legiuitorul nu a prevăzut că motivul de excludere operează de drept în situația în care, pentru operatorul economic respectiv, a fost emis un document constatator, fără a fi necesare alte verificări.

Este adevărat că legiuitorul nu a condiționat excluderea din procedură, în cazul prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr.98/2016 de existența unei hotărâri judecătorești definitive asupra legalității emiterii unui document constatator, însă important este a observa și că, potrivit aceleiași prevederi, legiuitorul nu a condiționat excluderea din procedură nici de existența unui document constatator ori a altui asemenea act emis de un client beneficiar al operatorului economic analizat. Mai simplu spus, în textul dispozițiilor coroborate ale art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016, nu se condiționează excluderea operatorului economic de existența unui document constatator emis de vreun beneficiar al acestuia.

Potrivit art. 166 alin. (1) din HG nr. 395/2016, „Autoritatea contractantă are obligația de a emite documente constatatoare care conțin informații referitoare la îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, la eventualele prejudicii, [...]”, iar conform alin. (8) al aceluiași articol, „Atunci când ia decizia de respingere a unui

candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) [lit. g](#) din Lege.”

Drept urmare, concluzia la care s-a ajuns în paragraful anterior dispozițiilor citate ale art. 166 din HG nr. 395/2016, este susținută de chiar textele regăsite în această prevedere. Astfel, dacă legiuitorul ar fi dorit ca excluderea operatorului economic să intervină ca efect al existenței pure și simple a unui document constatator emis în baza art. 166 alin. (1) din HG nr. 395/2016, ar fi prevăzut în mod clar această posibilitate. Însă, așa cum este înscris la art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016, decizia de respingere a unui ofertant pe baza unui document constatator, trebuie să fie precedată de o verificare obligatorie a faptului că acest document „*reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) [lit. g](#) din Lege.*”

Este de subliniat faptul că nici din conținutul documentului constatator și nici din textele de lege ce reglementează emiterea și efectele sale, nu rezultă ca efectul unui astfel de document este excluderea viitoare, din alte proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică, a operatorului economic pentru care a fost emis. Astfel, devine lipsit de relevanță dacă documentul constatator a fost sau nu anulat, neputând astfel să primească efecte neprevăzute de lege.

Singurul efect al existenței unui document constatator este acela că trebuie să determine o viitoare autoritate contractantă să realizeze verificările prevăzute la art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016, și nicidecum acela că determină excluderea operatorului economic din procedura de atribuire a unui contract de achiziție publică, pe baza informațiilor pe care le cuprinde.

Așadar, determinantă în excluderea din procedură a operatorului economic nu este existența documentului constatator, ci verificarea faptului că acest document reflectă îndeplinirea cumulativă a condițiilor regăsite la art. 167 alin. (1) [lit. g](#) din Legea nr. 98/2016.

Încă o dată, Consiliul subliniază că excluderea operează numai dacă sunt îndeplinite condițiile prevăzute la art. 167 alin. (1) [lit. g](#) din Legea nr. 98/2016.

Mai mult, se reține că, prin prevederile de la art. 171 alin. (1), (2) și (3), legea a stabilit dreptul și posibilitatea operatorului economic de a răsturna concluziile rezultând din incidența unui caz de excludere, prin furnizarea de dovezi care să arate că măsurile pe care le-a luat sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivul de excludere, în prezenta unor astfel de dovezi, pe care autoritatea contractată să le considere suficiente, aceasta având posibilitatea legală de a nu exclude operatorul economic respectiv.

Se observă, așadar, că legea a reglementat posibilitatea ca, chiar și în condițiile existenței unui caz de excludere, operatorul economic să își poată demonstra, în concret, credibilitatea prin raportare la motivul de excludere, evitând astfel eliminarea sa din competiție.

Față de prevederile legale citate și față de considerentele expuse, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a solicitat nici informații și probe din care să deducă ne/îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) [lit. g](#)) din Legea nr. 98/2016 și nici dovezile la care legea face trimitere prin art. 171.

Simpla interpelare a ofertantei căreia i-a cerut „să justifice existența” a două documente constatatoare, nu are potențialul de a indica ofertantei ce se așteaptă de la ea și nici de a obține informațiile și probele pe care autoritatea trebuie să le aibă la îndemână în aplicarea dispozițiilor legale citate și pentru luarea unei decizii în cunoștință de cauză, conform legii. Se rețin aici și dispozițiile art. 134 din HG nr. 395/2016: *„(1) Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia. (4) Comunicarea transmisă în sensul alin. (1) către candidat/ofertant trebuie să fie clară și să definească în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare.”*

Nici demersul către emitentul documentelor constatatoare nu poate fi considerat edificator prin prisma dispozițiilor legale citate, câtă vreme autoritatea contractantă nu a cerut niciun fel de informații de la .. în legătură cu activitatea în contractul nr., singura cerere fiind aceea de a-i pune la dispoziție un document constatator regăsit într-o decizie a Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor.

Cât privește invocarea deciziei Consiliului nr., indicată de autoritatea contractantă în considerentele excluderii atacate în prezent, Consiliul constată că, în motivarea deciziei sale, nu reținea necesitatea excluderii ofertei datorată existenței unui document constatator emis pentru ..., ci

„Având în vedere aspectele evocate și documentele depuse de contestatoarea, referitor la incidența dispozițiilor legale mai sus citate, Consiliul constată că se impunea ca autoritatea contractantă, cel puțin, să solicite clarificări, atât ofertantului în cauză, cât și autorității contractante în vederea edificării privind încadrarea sau nu în condițiile de excludere a ofertei acestui operator economic, ofertant în prezenta procedură.

De aceea, Consiliul consideră că se impune ca autoritatea contractantă să reia analiza ofertei depuse de, cel puțin, cu solicitarea de clarificări vizând aspectele mai sus menționate.”

Drept urmare, Consiliul nu va lua în considerare ca relevante trimiterile autorității contractante la decizia sa nr.

Că autoritatea contractantă trebuia să facă cercetări substanțiale, se deduce și din faptul că a insistat în a susține că nu i-au fost comunicate cele două documente constatatoare care au determinat

excluderea ei din procedură. Or, în această situație, un punct de vedere relevant și pe care autoritatea ar fi trebuit să încerce să îl obțină ar fi trebuit să aparțină, față de ne/comunicarea acestor documente către, activitatea acestei societăți în contractul anterior, culpa acestui membru al asocierii contractante în ivirea situației care a determinat emiterea documentelor constatatoare, conduita ulterioară situației conflictuale etc. În acest context, nu se poate reține susținerea autorității contractante (neprobată, de altfel), potrivit căreia documentele constatatoare au fost comunicate asocierii, iar liderul a reacționat prin atacarea lor, deoarece, pe de o parte, documentele constatatoare au fost emise pentru cele două societăți și nu pentru asocierea lor, care nu are personalitate juridică distinctă de cea a membrilor ei, iar pe de altă parte, din reglementările art. 166 din HG nr. 925/2016, ce vor fi citate în continuare, rezultă că documentul constatator se emite pentru fiecare societate comercială, fie că a fost ofertant unic sau asociat, și se comunică acesteia:

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

(3) Autoritatea contractantă are următoarele obligații:

a) să elibereze un exemplar al documentului constatator contractantului;

b) să păstreze un exemplar la dosarul achiziției publice.”

Așadar, ... ar fi trebuit să se afle în posesia celor documente constatatoare ce ar fi trebuit să îi fie comunicate de către emitentul lor, ..., indiferent de comunicarea lor către, lider al asocierii formată cu în vederea depunerii ofertei.

Un alt aspect de subliniat este, în acest moment, și că, deși s-a aflat în posesia răspunsului ... la interpelarea sa, autoritatea contractantă nu a ținut cont de mențiunea potrivit căreia unicul document constatator emis pentru ... și pentru are nr. ..., emiterea lui fiind determinată de înscrierea unei valori eronate a cuantumului penalităților în primul certificat constatator, nr.

Mai mult, în susținerea contestației, autoarei ei depune și proba plății, în data de ..., de către .. către ..., a sumei de .., reprezentând penalitățile pentru contractul nr. ... (așa cum sunt înscrise în documentul constatator nr. .. – singurul valid, conform mențiunilor emitentului său). Or, această probă ar fi trebuit să se afle și în posesia autorității contractante, fiind una dintre dovezile la care face referire art. 171 din Legea nr. 98/2016.

Tot contestatoarea a depus ca probă în susținerea demersului său și copia sentinței nr. .. a .., prin care instanța a admis cererea SC în contradictoriu cu .. și a dispus suspendarea executării actelor administrative – documentele constatatoare finale emise de .. nr. .. și nr.

... până la soluționarea definitivă a cauzei. Și această probă este relevantă în pronunțarea prezentei decizii.

Or, așa cum rezultă din actele cauzei și din susținerile autorității contractante, aceasta nu a fost interesată a deține informații privind situația care a determinat emiterea documentelor constatatoare pe baza cărora a decis excluderea ofertei asocierii din care face parte

Însumând cele evocate până la acest punct al analizei, se reține că autoritatea contractantă nu și-a îndeplinit obligația legală de a cere acestei societăți să îi prezinte informații și probe care să îi faciliteze verificarea îndeplinirii condițiilor cumulative necesare unei excluderi legale din procedură și/sau pentru verificarea situației legale de exceptare de la aplicarea măsurii.

Relevante în acest punct al analizei se apreciază ca fiind și considerentele din decizia nr. ...:

«Din dispozițiile legale enunțate, reies următoarele concluzii, pentru cazul special de excludere prevăzut la lit.g:

- autoritatea contractantă este obligată să procedeze la excludere dacă, urmare a situației constatate, măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată; această obligație intervine automat, operatorul neavând posibilitatea ca, în aplicarea dispozițiilor art.171 alin. 1-3, să mai convingă autoritatea de credibilitatea sa;

- autoritatea contractantă nu poate exclude operatorul care, deși se află în situațiile de excludere prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant;

- autoritatea contractantă are dreptul de a exclude operatorul care se află în situațiile de excludere prevăzute la art. 167, operator care, la rândul său, are posibilitatea de a furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea; de aici, concluzia că, pe de o parte, existența unui document constatator al situației nu conduce în mod automat la excludere, pe de altă parte, că, prezentarea unor astfel de dovezi poate convinge autoritatea contractantă care-și poate asuma răspunderea de a păstra în procedură ofertantul.

Prin urmare, autoritatea contractantă dispune de un drept de apreciere în ceea ce privește excluderea din procedură, în cazul incidenței situațiile prevăzute la art. 167 (și în lipsa unei hotărâri definitive de stabilire a interdicției de participare la procedură), autoritatea contractantă fiind singura responsabilă pentru modul de atribuire a contractului, în aplicarea principiului asumării răspunderii;

Dispozițiile enunțate stabilesc dreptul de apreciere al autorității contractante în ceea ce privește măsura excluderii, în situația concretă din speță, și, atâta timp cât acest drept de apreciere se exercită în

limitele impuse de lege și cu respectarea principiilor de atribuire a contractelor de achiziții, nu poate fi apreciat ca abuziv.

În speță, din actele depuse, rezultă că autoritatea contractantă și-a exercitat dreptul de apreciere în limitele impuse de lege, în sensul că avea posibilitatea de a exclude sau, dimpotrivă, de a păstra operatorul în procedură, și că, mai mult, alegerea a fost justificată.

În acest sens, se observă că în cuprinsul procesului verbal au fost menționate toate împrejurările relevante care au format opinia autorității în sensul oportunității păstrării în procedură a petentei; s-a arătat, în concluzie, că contractul de servicii a încetat ca urmare a încetării contractului de execuție de lucrări; că Societatea petentă și-a încasat contravaloarea serviciilor pentru finalizarea a 80% din contractul de execuție, ultima plată fiind efectuată după rezilierea contractului; că ultimul proces-verbal de recepție încheiat după rezilierea contractului a fost semnat ca fiind conform cu cerințele calitative și cantitative; că nu a fost executată garanția de bună execuție; că, în minuta de reziliere, se menționează faptul că contractele se reziliază din vina exclusivă a constructorului.

În justificarea acestei concluzii, au fost avute în vedere documentele depuse la dosar: [...]

Au fost, de asemenea, avute în vedere contracte încheiate ulterior anului 2015 cu diverși beneficiari, și care au fost finalizate, contracte care, contrar considerentelor reținute în decizie, sunt dovezi în sensul art. 171 alin. 3 din Legea nr. 98/2016, de vreme ce relevă împrejurări ulterioare celor constatate prin documentul constatator, relevante pentru aprecierea conduitei petentei.

Față de toate cele reținute, Curtea constată că, în aplicarea corectă a legii, autoritatea contractantă și-a exercitat dreptul de apreciere în limitele impuse de lege, stabilind motivat, prin prisma documentelor depuse și explicațiilor oferite, că măsura excluderii nu se impune, asumându-și răspunderea pentru soluția adoptată.

Fiind singura în măsură să aprecieze oportunitatea excluderii din procedură a unui operator economic aflat în această situație, nici consiliul și nici instanța nu pot interveni, decât în măsura în care dispozițiile legale au fost încălcate iar soluția este adoptată cu exces de putere.»

Așadar, verificarea prevăzută la art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016, nu reprezintă o simplă luare la cunoștință a informațiilor înscrise în documentul constatator care a declanșat aplicarea acestei dispoziții legale, ci o implicare activă a autorității contractante în a obține probe, a le analiza și a-și asuma măsura excluderii sau păstrării în procedura de atribuire a operatorului economic, cu interpretarea coroborată și judicioasă a întregului set de dispoziții legale (citate anterior) care reglementează conduita părților, drepturile și obligațiile acestora, precum și măsurile necesare și excepțiile de la acestea.

Așa cum se preciza mai înainte, simpla existență a documentului constatator nu reprezintă motiv valid și legal de excludere a operatorului

economic, legea impunând ca situația reflectată de respectivul document să îndeplinească, în mod cumulativ, condițiile de la art. 167 alin. (1) [lit. g\)](#) din Legea nr. 98/2016.

Or, autoritatea în cauză nu a înțeles să realizeze verificări cu privire la acte și fapte care, aparent, au determinat emiterea documentelor constatatoare, pentru a stabili dacă acestea reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative necesare excluderii (așa cum impun prevederile art. 166 alin. 8 din HG nr. 395/2016).

Trebuie menționat faptul că nici examinarea realizată de autoritatea contractantă și nici prezenta motivare nu reprezintă verificări ale legalității documentului constatator, o astfel de verificare fiind, fără îndoială, de competența instanței de judecată.

Demersul necesar al autorității contractante, așa cum este analizat în prezenta motivare, reprezintă aplicarea dispozițiilor legale coroborate ale art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016 și art. 167 alin. (1) [lit. g\)](#) din Legea nr. 98/2016.

Mai mult, legiuitorul a stabilit la art. 166 alin. (5) din HG nr. 395/2016, ca *„Documentele constatatoare emise de către autoritatea contractantă pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, pentru eventualele prejudicii, se publică în SEAP, în termen de 60 de zile de la data emiterii, dar nu mai devreme de data expirării termenului/soluționării contestațiilor, în situația în care acestea au fost depuse.”* Rezultă de aici că, până la termenul stabilit de lege, documentul constatator nici nu este făcut public, așa cum este și cazul actelor analizate în prezenta cauză. Împotriva celor două documente constatatoare, ... a formulat plângerea prealabilă din data de .., respectiv acțiunea în anulare ce face obiectul dosarului nr. .. aflat pe rolul ...

Relevante în acest punct al analizei se apreciază ca fiind și considerentele .. din decizia nr. ...:

«5. Asupra fondului plângerii [...]

In ceea ce privește cel de-al doilea document constatator nr. ..., chestiunea în discuție vizează producerea de efecte juridice de către acesta, în condițiile în care a fost formulată o contestație împotriva sa.

Potrivit art.166 alin.5 din HG nr.395/2016 - Documentele constatatoare emise de către autoritatea contractantă pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, pentru eventualele prejudicii, se publică în SEAP, în termen dc 60 de zile de la data emiterii, dar nu mai devreme de data expirării termenului/soluționării contestațiilor, în situația în care acestea au fost depuse.

Așadar, un asemenea document constatator nu este publicat în SEAP, în vedere aducerii la cunoștința terților și producerii de fecte juridice decât după soluționarea contestațiilor. în prezenta cauză, petenta a dovedit formularea contestației conform adresei nr. ... emisă

de ... (fila 84 dosar CNSC) care a indicat expres că va solicita SEAP radierea documentului din sistem. De asemenea, conform corespondenței depuse în fața instanței de judecată (fila 23 și urm.) documentul constatator a fost anulat în sistem.

In condițiile în care, documentul în cauză nu trebuia publicat, eroarea fiind ulterior remediată prin înlăturarea acestuia, respectivului act nu i se pot atribui efecte care să se producă în prezenta procedură, nefiind așadar îndeplinite condițiile de la art. 167 lit. g și nici lit. h (declarații false în scopul verificării motivelor de excludere) întrucât acest din urmă temei era raportat tot la cele două documente constatatoare.

Având în vedere constatările anterioare, Curtea nu va mai analiza apărările privind modalitatea de aplicare a art. 171 din Legea nr. 98/2016 și urmează a admite plângerea [...].»

Drept urmare, se observă că rațiunea instanței de judecată a fost în sensul că, nefiind făcut public, documentul constatator nici nu ar trebui să fie avut în vedere la demararea verificărilor pentru incidența cazului de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) [lit. g](#) din lege.

Chiar interpretând contrar cele stabilite de (dat fiind că jurisprudența nu reprezintă izvor de drept) și considerând că, în pofida nepublicării lui, documentul constatator determină verificarea incidenței cazului legal de excludere, se poate considera că autoritatea contractantă trebuia, cel puțin, să demareze operațiunile de a obține informații privind situația care a determinat emiterea celor două documente constatatoare, conduita ulterioară a societăților implicate, poziția emitentului documentului ș.a.m.d., și să constate dacă acestea susțin sau nu îndeplinirea condițiilor cumulative de la art. 167 alin. (1) [lit. g](#) din Legea nr. 98/2016. Verificarea situației care a determinat emiterea certificatului constatator trebuie să se facă și cu respectarea principiului proporționalității, consacrat la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, respectiv prin adaptarea măsurii la întregul ansamblu de probe din care să rezulte gradul de vinovăție al operatorului economic, eventuala împărțire a culpei între părțile contractante care au concurat la ivirea situației ce a determinat emiterea documentului constatator, conduita acestora ulterior apariției evenimentului, gravitatea abaterii, nivelul sancțiunilor pecuniare raportat la valoarea întreagă a prestației, modalitatea în care acestea au fost stabilite etc.

Așadar, îi revine autorității contractante sarcina unei analize serioase, laborioase și mature, precum și asumarea răspunderii în a verifica dacă este necesară sau nu excluderea unui operator economic din procedura de achiziție publică.

Cât privește motivul de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) [lit. a](#) din Legea nr. 98/2016 („a încălcat obligațiile stabilite potrivit [art. 51](#), iar autoritatea contractantă poate demonstra acest lucru prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi decizii ale autorităților competente prin care se constată încălcarea acestor obligații”), Consiliul constată că, nici în raportul procedurii și nici în adresa de comunicare a rezultatului

procedurii, nu se regăsesc considerente în susținerea incidenței acestui caz de excludere legat de neîndeplinirea obligațiilor în domeniile mediului, social și al relațiilor de muncă, stabilite prin legislația adoptată la nivelul Uniunii Europene, legislația națională, prin acorduri colective sau prin tratatele, convențiile și acordurile internaționale în aceste domenii., astfel încât Consiliul decide nelegala excludere pentru acest motiv.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează sa admită contestația depusă de, să anuleze raportul procedurii și orice alt act referitor la decizia de excludere din procedură a ofertei depusă de asocierea din care face parte, precum și comunicările rezultatului procedurii.

În baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 20 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare, să reanalizeze oferta depusă de asocierea din care face parte, să stabilească rezultatul procedurii prin emiterea unui nou raport al acesteia și să comunice ofertanților cele decise.

În baza dispozițiilor coroborate ale art. 26 alin. (9) și art. 68 din Legea nr. 101/2016 și art. 451 alin. (2) din Codul de Procedură Civilă, Consiliul va obliga autoritatea contractantă la plata către a sumei de .., solicitată prin nota de cheltuieli depusă la dosar și înregistrată la Consiliu cu nr. ..., reprezentând parte din cheltuielile de soluționare în valoare de ..., a căror plata s-a dovedit prin factura seria OG nr. 60 din ... și ordinul de plata nr. .., dată fiind complexitatea speței.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația depusă de în contradictoriu cu

Anulează raportul procedurii și orice alt act referitor la decizia de excludere din procedură a ofertei depusă de asocierea din care face parte, precum și comunicările rezultatului procedurii.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 20 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare, să reanalizeze oferta depusă de asocierea din care face parte, să stabilească rezultatul procedurii prin emiterea unui nou raport al acesteia și să comunice ofertanților cele decise.

Obligă autoritatea contractantă la plata către a sumei de, reprezentând cheltuieli de soluționare.

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

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.