CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., formulată de asocierea ..., prin lider ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având Cod Unic de Înregistrare ..., reprezentantă prin administrator ... și prin reprezentant împuternicit ..., împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. 3058/23.05.2018, emis de către ..., în calitate de entitate contractantă, cu sediul situat în ..., în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect *"AB3-CL2. REABILITARE ADUCȚIUNE SP ..."*, coduri CPV 45232151-5, 42131390-6, 45232150-8, 45232152-2, s-au solicitat următoarele:

- anularea actului contestat și a tuturor actelor subsecvente;
- reevaluarea ofertei asocierii.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care asocierea ..., prin lider ... reclamă decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale, ca fiind inacceptabilă, comunicată prin adresa nr. 3058/23.05.2018.

Autorul contestației arată că, pe parcursul derulării procedurii a primit o singură solicitare de clarificări nr. 2302/20.04.2018 la care a răspuns concret și în termenul impus de entitatea contractantă, prin adresa nr. 294/26.04.2018, însă aceasta a adoptat măsura excluderii asocierii din procedură.

În legătură cu documentul constatator negativ nr. 181585/24.06.2016, emis de ..., aferent contractului de lucrări nr. 156529/05.06.2015, care a constituit motivul eliminării contestatorului din prezenta procedura, acesta afirmă că i-a precizat entității contractante că obiectul litigiului aflat pe rolul Tribunalului ... în dosarul nr. ...este anularea lui, deoarece rezilierea contractului nr. 156529/05.06.2015 nu s-a făcut din vina exclusivă a ..., încălcându-se astfel prevederile art. 11.1 din pagina a 5-a a contractului nr. 181585/24.06.2017.

Contestatorul arată că a atacat cu recurs Sentința nr. ...pronunțată în dosarul nr. ...prin care a solicitat să se constate nelegalitatea acesteia și să se anuleze documentul constatator negativ nr. 181585/24.06.2016.

În acest sens se susține că, comisia de evaluare a ofertelor din cadrul ... și-a depășit atribuțiile cu care a fost investită, neavând dreptul să aprecieze un posibil prejudiciu pe care l-ar fi suferit respectiva instituție în calitate de emitentă a documentului constatator negativ, deoarece membrii comisiei de evaluare nu-și pot aroga atribuții specifice instanțelor de judecată, prin care să stabilească nivelul daunei sau să califice rezultatul execuției unei lucrări ca fiind sau ca nefiind pagubă.

În sensul celor de mai sus, liderul asocierii contestatoare apreciază că se justifică motivația sa de a considera că DUAE depus inițial a fost completat corect, nefiind nevoie, așa cum a solicitat entitatea contractantă în solicitarea de clarificări nr. 2302/20.04.2018, de transmiterea unui DUAE revizuit care, conform prevederilor art. art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016 ar fi avut ca efect eliminarea sa din competiție.

Autorul contestației precizează că, deși a făcut dovada depunerii Recursului pe care instanța încă nu l-a judecat, totuși, entitatea contractantă i-a declarat oferta inacceptabilă, încălcând astfel prevederile art. 161 alin. (8) din HG nr. 394/2016.

Acesta consideră că înainte de a lua decizia de a exclude oferta din procedură, entitatea contractantă avea obligația de a ține cont și de jurisprudența europeană, cum ar fi Hotărârea CJUE/13.12.2012, în cauza C - 465/11, în procedura Forposta SA, A.B.C. Direct Contact sp. z o. o. împotriva Poczta Polska S.A., fiind relevante paragrafele nr. *"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"* și nr. *"31. Constatarea existenței unei „abateri grave" necesită, în principiu, efectuarea unei aprecieri concrete și individualizate a atitudinii operatorului economic în cauză."*

Autorul contestației mai afirmă că simpla existență a unui document constatator negativ nu conduce, „*ope legis*" la excluderea ofertantului din procedură, ci obligă entitatea contractantă la efectuarea unor verificări prealabile referitoare la cuantificarea în mod oficial a presupusului prejudiciu, circumstanțele producerii lui, evaluarea gradului de vinovăție a executantului, etc., așa cum rezultă din practica judiciară română și europeană.

Se afirmă că entitatea contractantă ar fi fost îndreptățita să excludă oferta asocierii din competiție, dacă într-adevăr ar fi fost îndeplinite cumulativ condițiile impuse prin art. 180 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, adică, să fi încălcat în mod grav și repetat obligațiile principale din cadrul unui contract de achiziții publice care să fi condus la încetarea anticipată a respectivului contract, la plata de daune interese sau alte sancțiuni comparabile din vina exclusivă a executantului.

Liderul asocierii contestatoare subliniază că nu a încălcat nici în mod grav și nici repetat obligațiile contractuale, contractul pe care l-a încheiat cu ... încetând la termenul stabilit și nu anticipat, iar, în documentul constatator negativ nr. 181585/24.06.2016, la punctul nr. 8, ... nu a precizat o valoare a prejudiciului ci a menționat o sumă (388.051,77 lei) care reprezintă "*lucrări neexecutate*" și a făcut referire la "*dobânzi penalizatoare pentru întârzierea în realizarea lucrărilor*" fără să precizeze valoarea lor. În acest sens se precizează *"Nu știm în baza cărui temei și nici algoritmul pe care l-a aplicat entitatea contractantă pentru a stabili dobânzile penalizatoare pentru întârzierea în realizarea lucrărilor pe care ... nu le-a precizat în respectivul document constatator.*

Atât timp cât suma de 388.051,77 lei se află în contul ..., este logic că ea nu poate reprezenta vreun prejudiciu suportat de respectiva instituție.

... consideră că entitatea contractantă ar fi trebuit să aibă în vedere inclusiv prevederile art. 184 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 ori, la data depunerii ofertei pentru prezenta procedură, așa zisul prejudiciu fusese deja acoperit de garanția de bună execuție pe care a constituit-o la ... și pentru a preveni în viitor apariția unor situații similare, a revizuit procedurile operaționale interne fără să înlocuiască persoanele responsabile care nu au putut fi sancționate pe motiv ca ... nu le-a permis accesul în subsolul clădirii și, ca urmare, aceasta nu a putut fi finalizată, astfel adoptând măsuri pentru un control de calitate mai riguros din toate punctele de vedere, aspecte pe care i le-a precizat entității contractantă în răspunsul nr. 294/26.014.2018.

Se arată că rezultatul a fost că ulterior emiterii certificatului constatator negativ nr. 181585/24.06.2016 de către ..., ... a beneficiat de 2 documente constatatoare pozitive nr. 280/1/331/01.08.2017 emis de ... prin Sucursala Regională ... și nr. 32386/PDHD/12.09.2017, emis de ....

În plus, autorul contestației susține că, în condițiile existenței acelui document constatator negativ dar și a masurilor ulterioare pe care le-a adoptat, mai multe autorități/entități contractante au considerat că societatea este în măsură/credibilă să execute contractele pe care le-a câștigat în urma licitațiilor. În acest sens, se face trimitere la contractele pe care societatea le-a încheiat cu ..., ..., Compania Națională de Căi Ferate - Sucursala ... și ..., în urma anunțurilor de participare nr. ..., nr. ..., nr. ..., nr. 391663/07.09.2016 și nr... postate în SEAP.

Față de cele enumerate mai sus și luând în considerare prevederile art. 184 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, se consideră că entitatea contractantă a dat dovada de exces de zel atunci când a decis să elimine asocierea din competiție.

În final, asocierea ..., prin lider ... menționează că, în dorința de a o elimina din competiție, *"entitatea contractantă i-a lăsat pe membrii celor două comisii independente de analiză a ofertelor din cadrul procedurilor AB3-CL4 (președinte ...) și AB3-CL2 (președinte ...) să încalce legea, permițându-le să facă schimb de informații aferente celor două proceduri distincte, ignorând cu desăvârșire conținutul Declarației de conformitate prevăzută în Legea nr. 99/2016, pe care o semnează fiecare membru al comisiei (...)".*

Se arată că acest ultim aspect reiese din solicitările de clarificări nr. 1951/04.04,2018 și nr. 2302/20.04.2018 a celor două comisii distincte, solicitări al căror conținut coincide în proporție de 80-90%, fiind redat prin metoda "*copy-paste*".

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ..., entitatea contractantă a comunicat punctul de vedere cu privire la contestație.

Aceasta face trimitere la fișa de date a achiziției, la cap. III.2) Condiții de participare (III.2.1 și cerința 1 – III.2.1A), precizând astfel că, din analiza DUAE, depus inițial pentru liderul asocierii (partea III – Motive de excludere, secțiunea C), ... a marcat răspunsul *„DA"*, iar la descriere a menționat: *„Instanța: CURTEA DE APEL ... Dosar nr. ...Calitatea: Reclamant în proces cu ... CENTRUL DE FORMARE INIȚIALE ȘI CONTINUĂ și ... în calitate de pârâți."*

De asemenea, entitatea contractantă precizează că, referitor !a întrebarea *"Ați luat măsuri pentru a demonstra fiabilitatea dumneavoastră (autocorectare)?"*, liderul asocierii a marcat răspunsul *„NU"*. În acest sens se arată că au fost solicitate clarificări liderului asocierii, prin adresa nr. 2302/20.04.2018, cerându-se să se facă o descriere mai amănunțită a circumstanțelor care au condus la litigiul aflat pe rolul Curții de Apel ... și dacă acesta este rezultatul unei rezilieri anticipate a unui contract de achiziții anterior, sau au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni comparabile pentru operatorul economic în legătură cu respectivul contract anterior.

Entitatea contractantă menționează de asemenea că, în același timp, plecând de la mențiunile făcute în cadrul DUAE de către liderul asocierii, comisia de evaluare, analizând site-ul SEAP, a constat existența documentului constatator nr. 181585/24.06.2016 emis de către Centrul de Formare Inițială și Continuă al ..., în care se precizează îndeplinirea necorespunzătoare a contractului de lucrări nr. 156529/05.06.2015, motivația pentru această și prejudiciile aduse. În acest sens, s-a solicitat să se prezinte orice document care suspendă/anulează acest document constatator și revizuirea corespunzătoare a DUAE.

... susține că, prin răspunsul nr. 294/26.04.2018, liderul asocierii contestatoare nu a depus un DUAE revizuit, astfel că, informațiile comunicate prin DUAE depus inițial au rămas valabile.

Se arată totodată că, din răspunsul contestatorului, se observă că acesta nu răspunde în concret la cele solicitate, anexând la răspunsul său o serie de documente, după cum urmează:

- 7 documente constatatoare, emise de diverse autorități contractante, ce nu au legătură cu documentul constatator nr. 181585/24.06.2016;

- recomandări din partea Spitalului Municipal Orăștie și Municipiului Deva, care, de asemenea nu au legătură cu prezenta cauză;

- dovada acoperirii așa zisului prejudiciu de garanția de bună execuție;

- adresa nr. 549/26.04.2016 a liderului asocierii, către Centrul de Formare Inițială și Continuă a ...;

- o copie a paginii 5 din contractul de lucrări încheiat cu Centrul de Formare Inițială și Continuă a ...;

- copie conform cu originalul după Precizarea de acțiune, către Judecătoria Deva, a ..., prin care acesta solicită și anularea documentului constatator nr. 181585/24.06.2016, deoarece acesta a fost postat în SEAP după 24 de zile de la data rezilierii unilaterale a contractului nr. 156529/05.06.2015, arătându-se că ... consideră că îi revine Tribunalului ... competența de soluționare;

- sentința nr. ..., emisă de Tribunalul ..., prin care s-a respins cererea de anulare a actului constatator în discuție;

- copie conform cu originalul după Recurs împotriva sentinței nr. ..., emisă de Tribunalul ... în dosarul nr. ....

Față de cele mai sus arătate, entitatea contractantă afirmă că, se poate observa că nu au fost aduse dovezi concrete din care să rezulte contestarea pe fond a documentului constatator nr. 181585/24.06.2016 și nici nu au fost prezentate alte dovezi sau documente din care să rezulte suspendarea/anularea documentului constatator.

În referire la susținerea contestatorului privind excluderea acestuia doar prin simpla existență a unui document constatator negativ, respectiv prin reținerea obligației entității contractante la efectuarea unor verificări prealabile, cuantificarea în mod oficial al presupusului prejudiciu, circumstanțele procedurii lui și evaluarea gradului de vinovăție a executantului, ... menționează că nu poate fi reținută o astfel de argumentație, pe de o parte pentru că cerințele invocate nu sunt de natură legală, nefiind stipulate într-un act normativ de reglementare în domeniu, iar, pe de altă parte, deoarece entitatea contractantă nu are atribuții și competențe care să țină de calitatea și capacitatea instanței de judecată.

În referire la recursul împotriva sentinței nr. ..., pronunțată de Tribunalul ... în dosarul nr. ..., entitatea contractantă precizează că din acesta rezultă că „*instanța de fond a respins ca nefondată acțiunea subscrisei*”.

Astfel, entitatea susține că, față de cele de mai sus, comisia de evaluare a reținut că:

1. În cadrul DUAE depus inițial pentru liderul asocierii, partea III – Motive de excludere, secțiunea C), ... a marcat răspunsul „DA”, iar la descriere a menționat: „Instanța: CURTEA DE APEL ... Dosar nr. ...Calitatea: Reclamant în proces cu ... CENTRUL DE FORMARE INIȚIALE ȘI CONTINUĂ și ... în calitate de pârâți.”

Referitor la întrebarea “Ați luat măsuri pentru a demonstra fiabilitatea dumneavoastră (autocorectare)?”, liderul asocierii a marcat răspunsul „NU”.

2. Plecând de la mențiunile făcute în cadrul DUAE de către liderul asocierii, comisia de evaluare, analizând site-ul SEAP, a constat existența

documentului constatator nr. 181585/24.06.2016 emis de către Centrul de Formare Inițială și Continuă al ..., în care se precizează îndeplinirea necorespunzătoare a contractului de lucrări nr. 156529/05.06.2015. Din cadrul acestui document rezultă că ... a încheiat cu ... – CENTRUL DE FORMARE INIȚIALĂ ȘI CONTINUĂ, contractul nr. 156529/05.06.2015 și actul adițional nr. 1/31.12.2015, pentru executarea obiectivului *Modernizare pavilion cazare fete la Centrul de Formare Inițială și Continuă al ....*

Se arată că, la punctul 7 – Contractul a fost îndeplinit corespunzător, s-a menționat *NU*, cu următoarea motivație:

a) nerespectarea termenelor contractuale de executare a lucrărilor din culpa executantului, până la data prevăzută în contract și actul adițional la contract; procentul valoric de realizare a lucrărilor la încetarea contractului fiind de 69% (stadiu/fizic și financiar);

b) întocmirea cu întârziere a unor documente necesare derulării corespunzătoare a contractului;

d) nerespectarea graficului de execuție a lucrărilor;

e) ignorarea solicitărilor autorității contractante de a asigura prezența pe șantier a personalului responsabil: șef șantier (a fost schimbat de 3 ori și a avut prezențe sporadice), responsabil tehnic cu execuția, responsabil cu respectarea normelor de securitate și sănătate a muncii, responsabil cu controlul calității (nu au fost prezenți niciodată pe șantier);

f) schimbarea șefului de șantier și a responsabilului tehnic cu execuția, declarați inițial în documentele de calificare.

Totodată, se arată că, la punctul 8 au fost cuantificate prejudiciile aduse, respectiv:

- 388.051,77 lei, reprezentând lucrări neefectuate;

- dobânzi penalizatoare pentru întârzierea în realizarea lucrărilor.

De asemenea, entitatea contractantă precizează că, din conținutul acestui document, rezultă că autoritatea contractantă a reziliat unilateral contractul de lucrări, la încetarea acestuia, lucrările fiind realizate în proporție de 69%, prejudiciul creat constând în lucrări neefectuate, fiind de 388.051,77 lei.

3. S-au solicitat clarificări liderului asocierii, prin adresa nr. 2302/20.04.2018.

4. Prin răspunsul nr. 294/26.04.2018, ... nu a adus dovezi concrete din care să rezulte contestarea pe fond a documentului constatator nr. 181585/24.06.2016 și nici nu a prezentat alte dovezi sau documente din care să rezulte suspendarea/anularea documentului constatator și nicio hotărâre pronunțată de către instanță de judecată care să vizeze suspendarea acestui document.

În aceste condiții, entitatea contractantă apreciază că respectivul document constatator este un act administrativ unilateral al autorității contractante, beneficiind de prezumția de legalitate, autenticitate și veridicitate de care se bucură orice act administrativ până la anularea sa de către instanță, efectele lui neputând fi înlăturate la acest moment.

Totodată, ... afirmă că documentele constatatoare reprezintă acte administrative care prezintă o situație de fapt și oferă informații cu privire

la capacitatea unui ofertant de a-și îndeplini în mod corespunzător obligațiile contractuale.

De asemenea, se arată că, de la data apariției situației, săvârșirea faptei sau producerii evenimentului menționat în cadrul documentului constatator nu a expirat o perioadă de 3 ani, astfel că, prevederile art. 184 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 99/2016 nu sunt aplicabile.

În concluzie, entitatea contractantă precizează că liderul asocierii se încadrează în prevederile art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016 și art. 180 alin. (6) din același act normativ, iar, având în vedere că nu este îndeplinită cerința fișei de date de la punctul III.2.1.a), oferta asocierii a fost respinsă, ca inacceptabilă, în temeiul art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016.

Legat de precizarea contestatorului potrivit căreia, așa zisul prejudiciu fusese deja acoperit de garanția de bună execuție, constituită la ..., în accepțiunea entității contractante, aceasta nu reprezintă o măsură de remediere a situației de fapt, ci, dimpotrivă, faptul că la solicitarea autorității contractante, a fost executată această garanție, aceasta fiind dovada că a existat o culpă a societății în cadrul derulării respectivului contract, în acest sens fiind invocate prevederile art. 45 alin. (1) din HG nr. 394/2016.

De asemenea, entitatea contractantă invocă decizia CNSC nr. ..., Decizia Curții de Apel ... nr. ..., pronunțată în ședința publică din 13.11.2017, într-o speță similară, contestator fiind ....

În ceea ce privește criticile legate de membrii comisiilor de evaluare pentru AB3-CL2 și AB3-CL4, ... afirmă că acestea sunt simple speculații, deoarece, *comisia nu a făcut altceva decât să finalizeze oferta pe baza documentelor depuse în DUAE și a răspunsului la solicitarea de clarificări*.

Totodată, se face trimitere la decizia CNSC nr. ....

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ..., asocierea ..., prin lider ... a comunicat răspunsul său față de punctul de vedere formulat de entitatea contractantă.

Contestatorul reiterează cele precizate în cuprinsul contestației.

Acesta afirmă de asemenea că, în prezent, speța referitoare la documentul constatator negativ nr. 181585/24.05.2016, se află pe rolul Curții de Apel ... care a declinat competența de la secția civilă, la secția de contencios administrativ și, cât timp hotărârea instanței de judecată nu este definitivă, comisia de evaluare nu poate trage decât concluzii pripite, bazate pe simple supoziții.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect *"AB3-CL2. REABILITARE ADUCȚIUNE SP ..."*, coduri CPV 45232151-5, 42131390-6, 45232150-8, 45232152-2. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ..., criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț".

Împotriva documentației de atribuire respectiv, împotriva criteriilor de atribuire și împotriva procentului și modului de calcul al penalităților prevăzut la pct. 8.7 din anexa la ofertă, raportat la procentul și modul de calcul al penalităților, prevăzut la pct. 14.8 din Condițiile generale de contract (astfel cum au fost modificate prin condițiile speciale), precum și împotriva adresei nr. 509/29.01.2018, ... a formulat contestația care a făcut obiectul dosarului nr. ..., fiind pronunțată decizia CNSC nr. ..., prin care s-a luat act de *„renunțarea la contestația formulată de ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ...”*.

În procesul-verbal de vizualizare a ofertelor și a garanțiilor de participare s-a consemnat depunerea a 7 oferte.

În procesul-verbal de evaluare nr. 3052/23.05.2018, comisia de evaluare a consemnat inacceptabilitatea ofertei asocierii ....

Împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. 3058/23.05.2018, asocierea ... a formulat contestația ce face obiectul dosarului nr. ....

Prin adresa de comunicare nr. 3058/23.05.2018, entitatea contractantă i-a adus la cunoștință asocierii ... că oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, conform art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016, deoarece *„a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu cerințele stabilite de entitatea contractantă”*, liderul asocierii ... încadrându-se în motivele de excludere prevăzute la art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016.

Verificând legalitatea deciziei entității contractante de a exclude din procedură oferta asocierii contestatoare, Consiliul reține că, prin fișa de date a achiziției, punctul III.2.1.a) „Situația personală a candidatului sau ofertantului”, s-a solicitat:

„Cerinta nr. 1

Ofertantii, asociatii, tertii sustinatori și subcontractantii NU trebuie sa se regaseasca în situatiile prevazute la art. 177, 178, și 180 din Legea nr. 99/2016.

Modalitatea prin care se poate demonstra indeplinirea cerintei: Se va completa DUAE de catre toti operatorii participanti la procedura, cu informatiile aferente situatiei lor. Documentele justificative actualizate, care probeaza indeplinirea celor asumate prin completarea DUAE, urmeaza a fi prezentate, la solicitarea entitatii contractante, doar de ofertantul clasat pe primul loc dupa aplicarea criteriului de atribuire asupra ofertelor admisibile.

(...)

Precizari:

1. Orice operator economic aflat în oricare dintre situatiile prevazute la art. 177, 178 și 180 din Legea 99/2016, care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care sa arate ca masurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-si demonstra în

concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere în conformitate cu prevederile art 184 din legea 99/2016.

[...]

12. Entitatea Contractanta va exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire în care ia la cunostinta ca operatorul economic se afla, având în vedere actiunile sau inactiunile savârsite inainte sau în cursul procedurii, în una dintre situatiile prevazute la art. 177,178,180, de natura sa atraga excluderea din procedura de atribuire."

Din verificarea documentelor aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține în soluționare că la partea a III-a din DUAE depus de ... - Motive de excludere - în ceea ce privește informațiile legate de „Încetare anticipată, daune – interese sau alte sancțiuni comparabile", la întrebarea: *„Operatorul economic s-a aflat într-o situație în care un contract de achiziții publice anterior, un contract anterior încheiat cu o entitate contractantă sau un contract de concesiune anterior a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni comparabile în legătură cu respectivul contract anterior?",* operatorul economic a răspuns: *„DA".*

În continuare, în ceea ce privește „Descrierea", acesta a precizat următoarele: *„Instanta: CURTEA DE APEL ... Dosar nr. ...Calitatea: Reclamant in proces cu ... CENTRUL DE FORMARE INITIALE SI CONTINUA si ... in calitate de parați.*

Ați luat măsuri pentru a demonstra fiabilitatea dumneavoastră („autocorectare"), ... a marcat răspunsul „NU".

Se reține în soluționare că prin adresa nr. 2302/20.04.2018, entitatea contractantă i-a solicitat clarificări cu privire la obiectul litigiului aflat pe rol la Curtea de apel ..., menționat în DUAE, cerând să se prezinte orice document care suspendă/anulează **Documentul constatator nr. 181585/24.06.2016**, precum și transmiterea DUAE revizuit în mod corespunzător, ofertantul răspunzând cu adresa nr. 3058/23.05.2018.

Din verificarea doumentelor aflate la dosar se reține că Documentul constatator final nr. 181585/24.06.2016 (care reprezintă, în fapt, motivul de excludere) a fost emis de ... al ... cu privire la **contractul de lucrări nr. 156529/05.06.2015** și actul adițional nr. 1/31.12.2015, obiectul fiind „Modernizare pavilion cazare fete la Centrul de formare Inițială și Continuă al ...".

La pct. 7 din documentul constatator final se menționează îndeplinirea necorespunzătoare a contractului pe motiv de:

-nerespectarea termenelor contractuale de executare a lucrărilor din culpa executantului, pana la data prevăzută în contract și actul adițional la contract; procentul valoric de realizare a lucrărilor la încetarea contractului fiind de 69% (stadiu/fizic și financiar);

- întocmirea cu întârziere a unor documente necesare derulării corespunzătoare a contractului;

- nerespectarea graficului de execuție a lucrărilor,

-ignorarea solicitărilor autorității contractante de a asigura prezenta pe șantier a personalului responsabil: șef șantier (a fost schimbat de 3 ori și a avut prezente sporadice), responsabil tehnic cu execuția, responsabil

cu respectarea normelor de securitate și sănătate a muncii, responsabil cu controlul calității (nu au fost prezenți niciodată pe șantier).

-schimbarea șefului de șantier și a responsabilului tehnic cu execuția, declarați inițial în documentele de calificare.

De asemenea, la punctul 8 din document se mentioneaza: *„Prejudicii aduse sau ce ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului (dacă este posibil cuantificarea valorica a acestora):*

- 388051,77 lei, reprezentând lucrări neefectuate;

- dobânzi penalizatoare pentru întârzierea în realizarea lucrărilor".

Față de situația de fapt expusă în prezenta cauză, Consiliul reține că potrivit art. 180 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 *„Entitatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situaţii:*

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."

De asemenea, sunt aplicabile în cauză dispozițiile art. 180 alin. (6) din lege, potrivit carora *„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."*

Totodată potrivit art. 161 alin. (8) din HG nr. 394/2016, *„Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligaţia de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condiţiilor cumulative prevăzute la art. 180 alin. (1) lit. g) din Lege."*

Potrivit dispoziţiilor legale citate mai sus, se reține că, pentru incidența motivului de excludere prevăzut de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, este necesar să fie îndeplinite următoarele condiţii cumulative:

- încălcarea gravă sau repetată a obligaţiilor principale;

- încălcarea obligaţiilor principale să fi intervenit în derularea unuia dintre următoarele tipuri de contracte încheiate anterior: contract de achiziţii publice, contract sectorial, contract de concesiune;

- încălcare gravă este considerată una dintre următoarele: **neexecutarea lucrărilor**, 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;

- încălcarea gravă sau repetată a obligaţiilor principale a dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune - interese sau alte sancţiuni comparabile;

- verificarea de către comisia de evaluare a îndeplinirii acestor trei condiții, în mod cumulativ, prin aspectele consemnate în documentul constatator care stă la baza deciziei de respingere a ofertei.

Analizând documentul constatator nr. 181585 din 24.06.2016, emis de către Centrul de Formare Inițială și Continuă al ... pentru ..., la condițiile cumulative precizate anterior pe care informațiile cuprinse în acesta trebuie să le îndeplinească, Consiliul constată următoarele:

- acest document a fost emis referitor la neîndeplinirea obligațiilor contractuale decurgând din încheierea unui contract de achiziție publică;
- unul dintre motivele care au condus la emiterea documentului constatator a fost nefinalizarea lucrărilor până la data încetării contractului, lucrările neefectuate reprezentând 31% din valoarea acestuia;
- a fost identificat un prejudiciu semnificativ,
- operatorul economic nu a luat măsuri de corectare și de demonstrare a fiabilității și a unor măsuri concrete și adecvate.

Drept urmare, Consiliul constată că sunt îndeplinite condițiile pentru incidența cazului de excludere din procedură a asocierii având ca lider pe ....

Totodată, Consiliul constată că entitatea contractantă prin transmiterea către asociere a adresei de clarificare nr. 2302/20.04.2018, și-a îndeplinit rolul activ în verificarea eventualei incidențe a cazului de neexcludere rezultat din prevederile art. 184 alin. (1) și (3) din Legea nr. 99/2016, mențiunile transmise ofertantei în acest sens fiind explicite.

Art. 184 din Legea nr. 99/2016, *„(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.(…)*

(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”.

De asemenea, de reținut este și faptul că nu operează excepția de neexcludere prevăzută la art. 184 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 99/2016,

deoarece nu a trecut o perioadă de 3 ani de la data la care s-a produs situaţia, fapta sau evenimentul relevant.

Mai mult decât atât, se reține și faptul că ofertantul nu a transmis DUAE revizuit așa cum îi solicitase entitatea contractantă prin adresa nr. 2302/20.04.2018, în opinia sa considerând, în mod eronat, că *„DUAE depus inițial a fost completat corect, nefiind nevoie de transmiterea unui DUAE revizuit”.*

Consiliul apreciază că nelegalitatea aspectelor consemnate în documentul constatator nr. 181585/24.06,2016 este de competența instanței de judecată, iar nu a Consiliului. De altfel, ... a cerut instanței de judecată anularea documentului constatator nr. 181585 din 24.06.2016, Tribunalul ... emițând sentința nr. ... în dosarul nr. ..., prin care a respins acțiunea reclamantei ....

Împotriva acestei sentințe, operatorul economic a formulat recurs aflat în curs de judecată la Curtea de Apel ..., Secția a II-a civilă.

Astfel, odată ce documentul constatator nu a fost anulat prin decizia definitivă a instanței de judecată, acesta produce efecte, situație în care este incident cazul de excludere din procedură prevăzut de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, citat anterior.

Se impune precizarea faptului că legiuitorul nu a condiționat excluderea din procedură în cazul prevăzut la art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016 de existența unei hotărâri judecătorești definitive asupra legalității emiterii unui document constatator.

Conform articolului menționat, entitatea contractantă exclude din procedură orice operator economic care 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. Or, în cazul ..., există emis un document constatator care consemnează caracterul grav al neexecutării obligațiilor contractuale.

Trebuie subliniat faptul că, așa cum rezultă din documentele existente la dosarul cauzei, entitatea contractantă nu a exclus asocierea contestatoare pe simpla existență a documentului constatator, ci a întreprins demersuri în vederea lămuririi aspectelor ce rezultau din acesta, solicitând clarificări contestatorului, așa cum stabilesc prevederile art. 184 din Legea nr. 99/2016.

Totodată, se constată că asocierea nu a furnizat entității contractante niciuna dintre dovezile la care face referire art. 184 alin. (3) din Legea nr. 99/2016, ci s-a limitat a exprima motive de pretinsă nelegalitate a actului constatator.

Consiliul nu reține în soluționare ca fiind pertinentă susținerea contestatorului potrivit căreia entitatea contractantă a reținut garanția de bună execuție, întrucât executarea garanției de bună execuție reprezintă o sancțiune aplicabilă oricând pe parcursul îndeplinirii contractului sectorial/contractului subsecvent, în limita prejudiciului creat, în cazul în care contractantul nu îşi îndeplineşte din culpa sa obligaţiile asumate prin contract (conform art. 47 din HG nr. 394/2016).

Față de cele expuse anterior, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă în mod corect a respins ca inacceptabilă oferta asocierii ... conform art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016, criticile fiind neîntemeiate.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de asocierea ..., prin lider ....

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de către asocierea ..., prin lider ... în contradictoriu cu ....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 alin. (1) din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 14 (paisprezece) pagini.