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 contestaţia nr. 826/27.10.2017, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 45725/27.10.2017, depusă de către SC ... SRL, cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului J.... şi Cod Unic de Înregistrare ..., lider al Asocierii SC ... SL, formulată împotriva actului administrativ nr. 36967/17.10.2017, emis de ... cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în procedura simplificată online privind atribuirea contractului de lucrări având ca obiect „Proiectarea şi execuţia lucrărilor pentru obiectivul de investiţie «Amenajare parcare supraetajată în faţa Spitalului Judeţean Deva»” s-a solicitat:
- anularea adresei nr. 36967/17.10.2017, prin care oferta SC ... SRL a fost declarată inacceptabilă şi a tuturor actelor subsecvente acesteia şi
- reevaluarea ofertei contestatoarei.

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

Prin contestaţia nr. 826/27.10.2017, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 45725/27.10.2017, SC ... SRL, în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, critică decizia autorităţii contractante de declarare a ofertei sale ca fiind inacceptabilă, autoritatea încălcând, astfel, prevederile art. 167 alin. (8) din HG nr. 395/2016.

Contestatoarea menţionează că prin solicitarea de clarificări postată în SEAP în data de 11.10.2017, autoritatea contractantă i-a cerut clarificări privind documentul constatator negativ nr. 181585/24.06.2016, emis de către ..., aferent contractului de lucrări nr. 156529/05.06.2015, la care aceasta a răspuns prin adresa nr. 747/12.10.2017, că „la data prezentei,

dosarul nr. .../221/2016 este pe rol la Tribunalul Hunedoara cu termen de judecată în data de 16.11.2017”.

Contestatoarea apreciază că înainte de a lua decizia de a o exclude din procedură, comisia de evaluare avea obligaţia de a ţine cont şi de jurisprudenţa europeană, cum ar fi Hotararea CJUE/13.12.2012, în cauza C - 465/11, în procedura Forposta S.A., A.B.C. Direct Contact sp. z o.o. împotriva Poczta Polska S.A., fiind relevante paragrafele:

-nr. *"30. Noţiunea „abatere gravă" trebuie să fie înţeleasă ca referindu-se în mod normal la un comportament al operatorului economic în cauză care denotă o intenţie culpabilă sau o neglijenţă de o anumită gravitate din partea sa. Astfel, orice executare incorectă, imprecisă sau defectuoasă a unui contract sau a unei părţi din acest contract poate demonstra eventual o competenţă profesională limitată a operatorului economic în cauză, dar nu echivalează în mod automat cu o abatere gravă"* si

nr. *"31.Constatarea existenţei unei „abateri grave" necesită, în principiu, efectuarea unei aprecieri concrete şi individualizate a atitudinii operatorului economic în cauză"*.

Concluzionând, contestatoarea afirmă că simpla existenţă a unui document constatator negativ, calificat astfel pentru diverse motive de neexecutare întocmai a contractului, nu dă dreptul autorităţii contractante să elimine din competiţie, după bunul său plac, ofertantul respectiv.

Autoritatea contractantă nu a ţinut cont că liderul asocierii ... SRL a solicitat Tribunalului Hunedoara anularea aplicării consecinţelor care ar decurge din respectivul document constatator negativ nr. 181585/24.06.2016 până la soluţionarea cauzei printr-o decizie definitivă a organelor competente.

De asemenea, contestatoarea arată că ... în calitate de autoritate contractantă nu avea dreptul să emită certificatul constatator negativ decât numai în cazul în care vina ar fi apaţinut în exclusivitate executantului, precizând totodată că a depus la Tribunalul Hunedoara dovada (adresa nr. 549/26.04.2016) conform căreia M.A.I. Orăştie nu i-a permis accesul în subsolul obiectivului pe care astfel, nu l-am putut finaliza.

M.A.I. Orăştie nu a ţinut cont de prevederile art. 166 alin. (5) din HG nr. 395/2016, care condiţionează publicarea documentului constatator de expirarea termenelor de contestare prevăzute în legea contenciosului administrativ.

Fiind depusă adresa nr. 633/10.06.2016 prin care contestatoarea susţine că s-a opus emiterii abuzive a documentului constatator de către M.A.I. Orăştie, înainte de publicarea acestuia în SEAP, devine aplicabil termenul de contestare de 6 luni prevăzut în art. 11 alin. (1) din Legea nr. 554/2004 de la data comunicării deciziei MAI Orăştie, cu privire la soluţionarea/refuzul soluţionării plângerii prealabile sau de la data expirării termenului legal de soluţionare a cererii după caz. Astfel, de la data de 24.06.2016 când a fost publicat în SEAP documentul constatator negativ nr. 181585 şi până la data de 21.11.2016, când a sesizat intanţa de contencios administrativ, s-au scurs numai 5 luni.

Contestatoarea susţine că toate aceste aspecte au fost comunicate autorităţii contractante prin notificarea prealabilă nr. 796/23.10.2017, în finalul căreia a precizat de asemenea că, nimic nu împiedică autoritatea contractantă să o reintroducă în procedură, pe care, dacă o va câştiga iar Tribunalul Hunedoara nu îi va da câştig de cauză, să o excludă, urmând ca autoritatea contractantă să încheie contractul de achiziţie cu ofertantul clasat pe locul doi.

Autoritatea contractantă a transmis documentele necesare soluţionării contestaţiei precum şi punctul său de vedere nr. 38845/01.11.2017, înregistrat la Consiliu cu nr. 46733/03.11.2017, prin care solicită respingerea contestaţiei formulată de către SC .. .. SRL ca nefondată.

Autoritatea contractantă menţionează că prin adresa nr. 36967/17.10.2017, ofertantul Asocierea SC .. SRL - SC Proactiv SRL- SC .. SRL- SC .. SL, a fost exclus din procedura de atribuire a contractului, în temeiul prevederilor art. 167 alin.(1) lit. g) şi alin. (8), oferta fiind considerată inacceptabilă conform art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, deoarece în urma analizării DUAE depus de către ofertantul Asocierea SC .. SRL - SC .. SRL- SC .. SRL- SC .. SL, comisia de evaluare a constatat faptul că la Partea III: Motive de excludere, - C: Motive legale de insolvenţă, conflicte de interese sau abateri profesionale - încetarea anticipată, daune-interese sau alte sancţiuni comparabile, operatorul economic a declarat că se regăseşte într-o situaţie în care un contract de achiziţii publice anterior a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune-interese.

La întrebarea *„Aţi luat măsuri pentru a demonstra fiabilitatea dumneavoastră (..autocorectare")* răspunsul a fost nu.

Analizând cele declarate, comisia de evaluare a constatat faptul că pe numele ofertantul SC ... SRL a fost emis Documentul Constatator nr. 18585/24.06.2016 de către Centrul de Formare iniţială şi Continuă al M.A.I. Orăştie -pentru contractul având ca obiect "Modernizare pavilion cazare fete la Centrul de Formare Iniţială şi Continuă al M.A.I- Orăştie", contract nr. 156529/05.06.2015, document ce se găseşte în Lista documentelor constatatoare postate în SEAP cu nr. 52130.

În documentul constatator s-a reţinut că SC ... SRL nu şi-a îndeplinit în mod corespunzător contractul, având ca motivaţie:

a) nerespectarea termenelor contractuale de executare a lucrărilor din culpa executantului, pana la data prevăzută in contract si actul adiţional la contract; procentul valoric de realizare a lucrărilor la încetarea contractului fiind de 69%(stadiul fizic si financiar).

Totodată, s-a reţinut că au fost aduse prejudicii în sumă de 388.051,77 lei, reprezentând lucrări neefectuate cât şi dobânzi penalizatoare pentru întârzierea în realizarea lucrărilor.

Pentru aceste motive, comisia de evaluare, conform procesului-verbal de evaluare a ofertelor nr. 1, înregistrat sub nr. 36003/11.10.2017, a considerat necesară solicitarea unei clarificări ofertantului SC ...SRL.

Astfel, în data de 11.10.2017, autoritatea contractantă a postat în SEAP solicitarea de clarificări, prin care i-a solicitat ofertantului *„..să clarifice dacă documentul constatator nr. 52130 emis pentru contractul*

156529/05.06.2015, a fost revocat/retras de către însuşi organul care l-a emis ori de către organul ierarhic superior acestuia sau de instanţa de judecată) sau anulat (măsura luată de către organul ierarhic superior celui care a adoptat sau a emis actul sau de instanţa de judecată)".

În data de 11.10.2017 ofertantul a ataşat în SEAP adresa nr. 747/12.10.2017, prin care a răspuns solicitării de clarificări în sensul că dosarul nr. .../221/2016 este pe rol la Tribunalul Hunedoara, cu termen de judecată în data de 16.11.2017 şi a anexat plângerea depusă la Judecătoria Deva şi precizarea de acţiune unde s-a solicitat revocarea documentului constatator postat în SEAP de către M.A.I. Orăştie Centrul de Formare Iniţială şi Continuă.

Încetarea unilaterală a contractului de lucrări nr.156529/05.06.2015 pentru neexecutarea a peste 30%, a prejudiciilor în valoare de 388.051,77 lei si a dobânzilor penalizatoare pentru întârzierea în realizarea lucrărilor, reprezintă indubitabil un prejudiciu grav.

În fişa de date a achiziţiei la Cap. III.2.1.a) Situaţia personală a candidatului sau ofertantului, autoritatea contractantă a prevăzut faptul că "Ofertanţii, terţii susţinători şi subcontractanţii nu trebuie să se regăsească în situaţiile prevăzute la art. 164, art. 165 şi art. 167 din Legea nr. 98/2016".

Astfel, având în vedere cele de mai sus, comisia de evaluare corect şi legal a exclus ofertantul contestator din procedura de atribuire, aceasta aplicând întocmai prevederile legale şi cele ale fişei de data a achiziţiei. Comisia de evaluare nu este în măsură să stabilească dacă documentul constatator nr. 52130 emis pentru contractul nr. 156529/05.06.2015, a fost emis cu încălcarea prevederilor legale sau contractuale, acest atribut fiind în sarcina instanţei de judecată investită cu soluţionarea cauzei.

Deşi, certificatul constatator în cauză a fost contestat în instanţă, cât timp el nu a fost anulat iar aplicarea lui nu a fost suspendată, se bucură de prezumţia de legalitate şi trebuie aplicat în continuare.

Orice act administrative are forţa juridică obligatorie atât faţă de persoanele fizice sau juridice cărora li se adresează cât şi faţă de autoritatea care l-a emis, ţinută să-l respecte ea însăşi, pe tot parcursul valabilităţii lui.

De asemenea, actul administrativ este executoriu de îndată, fără a fi necesară întocmirea unor formalităţi ulterioare, ca în cazul unei hotărari judecătoreşti ramase definitive care, pentru a fi executată, trebuie investită cu formulă executorie.

Potrivit prevederilor art. 14 din Legea nr. 554/2004, SC ... SRL avea posibilitatea ca în cazuri bine justificate şi pentru prevenirea unei pagube iminente, după sesizarea, în condiţiile art. 7 din acelaşi act normative, a autorităţii publice care a emis actul sau a autorităţii ierarhic superior, să ceară instanţei competente să dispună suspendarea executării actului administrative unilateral, până la pronunţarea instanţei de fond.

Această cerere de suspendare se putea solicita şi printr-o cerere separată şi chiar anterior cererii adresate instanţei competente pentru anulare, în tot sau în parte, a actului atacat, instanţa având obligaţia de a soluţiona cererea de suspendare, de urgenţă şi cu precădere, cu citarea părţilor, suspendarea executării actului administrativ având ca efect

încetarea oricărei forme de executare, până la expirarea duratei suspendării.

În speţă, contestatoarea nu a depus nicio hotărâre pronunţată de către instanţa judecătorească cu privire la suspendarea executării actului administrativ atacat până la soluţionarea definitivă şi irevocabilă a cauzei, hotărâre care ar fi fost executorie de drept.

Având în vedere aceste aspecte şi ţinând cont de faptul că documentul constatator nr. 52130 emis pentru contractul nr. 156529/05.06.2015, nu a fost revocat sau anulat, el îşi produce în continuare efecte juridice.

De altfel, contestatoarea nici prin răspunsul la solicitările de clarificări şi nici prin notificarea prealabilă nu a adus dovezi care să arate că măsurile luate de aceasta sunt suficiente pentru a-şi demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere astfel cum acestea sunt prevăzute la art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, sau care să înlăture efectele documentului constatator negativ.

Având în vedere cele precizate anterior, autoritatea contractantă învederează că a respectat întocmai prevederile legale privind respingerea ofertei contestatoarei.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

... în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată online privind atribuirea contractului de lucrări având ca obiect „Proiectarea şi execuţia lucrărilor pentru obiectivul de investiţie «Amenajare parcare supraetajată în faţa Spitalului Judeţean Deva»”. În acest sens a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat în SEAP invitaţia de participare nr. ..

După cum rezultă din procesul-verbal de vizualizare a ofertelor depuse nr. 30361-2/31.08.2017, au depus oferte în secțiunea Evaluare 5 ofertanți, printre care și contestatoarea SC ... SRL, lider al Asocierii SC .. SL, ofertă care a fost respinsă ca inacceptabilă, potrivit procesului-verbal de evaluare nr. 2/17.10.2017, deoarece autoritatea contractantă a apreciat că existența unui document constatator este de natură a atrage respingerea acestui ofertant.

Împotriva acestui rezultat, a formulat contestație SC ...SL, susținând că oferta sa este acceptabilă, că certificatul menționat a fost postat în mod greșit în SEAP, deși nu expirase termenul de atac, că, deși a depus acțiunea împotriva emitentului certificatului încă din anul 2016, până în prezent, cererea sa nu a fost soluționată.

Verificând rubrica specială din SEAP, aferentă documentelor constatatoare, Consiliul reține că există un document negativ, respectiv cel la care face referire autoritatea contractantă cu nr. 181585/24.06.2017, emis de .., și două documente în favoarea operatorului SC .. .. SRL, ulterioare celui incriminat, care atestă îndeplinirea corespunzătoare a obligațiilor, respectiv Document constatator nr. 280/1/331/01.08.2017, emis de .. prin Sucursala Regională .. și Document constatator nr. 32386/PDHD/ 12.09.2017, emis de Penitenciarul DEVA.

Potrivit prevederilor art. 166 alin. 5 din H.G. nr. 395/2016, „Documentele constatatoare emise de către autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile alin. (1) și (3) **se publică în SEAP, după expirarea termenelor de contestare prevăzute de Legea nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare**". Spre deosebire de vechea legislație în materia achizițiilor publice, care nu avea o astfel de prevedere, noua legislație stabilește, în mod clar, că documentele constatatoare se încarcă în SEAP după expirarea termenului de atac. Cu toate că prevederea în cauză reprezintă un progres, legiuitorul nu a stabilit, însă, expres, ce se întâmplă în momentul în care un operator economic atacă documentul constatator, respectiv dacă documentul constatator se publică în SEAP după soluționarea cauzei referitoare la anularea sa, sau se publică imediat ce expiră termenul de contestare, indiferent dacă este contestat sau nu.

Autoritatea contractantă pune în discuție caracterul său executoriu, în condițiile în care este un act administrativ nesuspendat până la acest moment.

Deși documentul constatator este un act administrativ, deci executoriu prin el însuși din momentul emiterii lui, neaducerea la cunoștința terților prin publicare în SEAP ar echivala cu o suspendare de drept a acestuia, nefiind necesară solicitarea suspendării la instanță. Legiuitorul a stabilit, însă, posibilitatea publicării lui după expirarea termenelor legale de contestare, aspect ce pune în discuție caracterul lor executoriu și obligatoriu pentru autoritățile contractante, până în momentul epuizării căilor de atac. Spre deosebire de vechea legislație, noua legislație are la art. 167 din Legea nr. 98/2016, următorul conținut: ,,(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situaţii:

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

(8) În sensul dispoziţiilor alin. (1) lit. g) se consideră încălcări grave ale obligaţiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformităţi majore care le fac improprii utilizării conform destinaţiei prevăzute în contract.

Art. 168. - (1) Autoritatea contractantă are obligaţia de a accepta ca fiind suficient şi relevant pentru demonstrarea faptului că ofertantul/candidatul nu se încadrează în una dintre situaţiile prevăzute la art. 164, 165 şi 167, orice document considerat edificator, din acest punct de vedere, în ţara de origine sau în ţara în care ofertantul/candidatul este stabilit, cum ar fi certificate, caziere judiciare sau alte documente echivalente emise de autorităţi competente din ţara respectivă.

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

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

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

Potrivit art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016, ,,**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. 167 alin. (1) lit. g) din Lege''.** Deci, noua legislație nu permite excluderea din oficiu a operatorului economic, ci impune verificări din partea autorităților contractante.

În această direcție se regăsește și hotărârea nr. 318/13.10.2017, pronunțată în dosarul ../33/2017 de către Tribunalul ... într-o cerere de suspendare a efectelor unui document constatator, prin care a reținut următoarele

,,Potrivit art. 14 alin. 1 din Legea nr. 554/2004, „În cazuri bine justificate și pentru prevenirea unei pagube iminente, după sesizarea, în condițiile art. 7, a autorității publice care a emis actul sau a autorității ierarhic superioare, persoana vătămată poate să ceară instanței competente să dispună suspendarea executării actului administrativ unilateral până la pronunțarea instanței de fond".

Potrivit definiției legale, sunt cazuri bine justificate „împrejurările legate de starea de fapt și de drept, care sunt de natură să creeze o

îndoială serioasă în privința legalității actului administrativ", iar paguba iminentă constă în prejudiciul material viitor și previzibil (art. 2 alin. 1 lit. t și ș din Legea nr. 554/2004).

Astfel, suspendarea executării actului administrativ reprezintă o situație de excepție, în considerarea trăsăturilor definitorii ale acestuia - legalitatea actului și executarea sa din oficiu - și tocmai de aceea se impune verificarea temeinică a întrunirii condițiilor legale.

Reținem că reclamanta a făcut dovada îndeplinirii cerinței formale a depunerii contestației administrative (filele 8-11).

În schimb, Curtea apreciază că cerința cazului bine justificat nu este îndeplinită în speță, atâta vreme cât societatea SC E CSA nu indică un caz de evidentă nelegalitate a deciziei de impunere.

Reclamanta susține că pârâta a încălcat prevederile legale, raportat la faptul că cele două acte administrative au fost emise la data de 20.06.2017 iar la data de 26.07.2017 au fost încărcate pe portalul SEAP deși termenele de contestare începeau să curgă de la data de 26.06.2017, dată la care au fost comunicate liderului asocierii S.C. A SC, iar în privința membrilor asocierii termenul de 6 luni începea să curgă de la data de 26.07.2017, dată la care au fost publicate documentele pe portalul SEAP.

Procedând astfel, au fost încălcate prevederile art. 166 alin. 5 din H.G. nr. 395/2016, conform cărora „Documentele constatatoare emise de către autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile alin. (1) și (3) se publică în SEAP, după expirarea termenelor de contestare prevăzute de Legea nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare".

Curtea constată că această critică nu reprezintă motiv de nelegalitate a documentelor contestate, întrucât vizează aspecte ulterioare emiterii și nu poate afecta validitatea lor. Chiar dacă s-ar confirma (în cadrul dosarului de fond) publicarea actelor administrative anterior datei prevăzută de dispozițiile legale incidente, aducerea la cunoștința publică a informațiilor cuprinse în aceste documente nu reprezintă un element de nevaliditate, de natură a atrage anularea actelor constatatoare.

Mai susține reclamanta că cele două certificate au fost emise cu încălcarea dispozițiilor art. 166 al. 2 din H.G. nr. 395/2016, autoritatea contractantă fiind obligată să emită documentele în termen de 14 zile de la data rezilierii. Conform notificării în cazul ambelor contracte, acestea au fost emise la data de 05.04.2017, iar documentele constatatoare au fost emise la data de 20.06.2017, cu încălcarea dispozițiilor legale.

Pârâta Compania Națională de Investiții S.A. arată că atât certificatul constatator negativ nr. 9218/20.06.2017, cât și certificatul nr. 9219/20.06.2017 s-au eliberat în conformitate cu prevederile art. 97^1 din H.G. nr. 925/2006 cu completările si modificările ulterioare, și nu în conformitate cu prevederile art. 166 alin. 2 din H.G. nr. 395/2016.

Curtea reține că, indiferent de legea aplicabilă în timp, suntem în situația rezilierii contractului de achiziție publică din vina exclusivă a contractantului, iar autoritatea contractantă era obligată să emită documentul constatator în termen de 14 zile de la data rezilierii (art. 97^1 alin. 11 din H.G. nr. 925/2006 și art. 166 alin. 2 din H.G. nr. 395/2016). Pârâta nu a susținut și dovedit că ar fi respectat acest termen.

Cu toate acestea, normele legale menționate nu prevăd sancțiunea nulității în caz de nerespectare a termenului de emitere a documentului. Finalitatea emiterii actelor constatatoare este comunicarea de informații referitoare la îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, la eventualele prejudicii, informații care pot fi avute în vedere la următoarele licitații publice la care participă.

Întrucât nu este reglementat un caz de nulitate expresă, iar reclamanta nu a indicat vătămarea produsă ca urmare a emiterii cu întârziere a documentelor constatatoare și care nu ar putea fi înlăturată decât prin anularea lor, se constată că la acest moment nu se indică o evidentă nelegalitate a actelor contestate.

Aspectele de netemeinicie invocate de reclamantă nu pot fi verificate în prezenta procedură, care se limitează la analiza criticilor de nelegalitate ale actelor administrative în discuție.

De altfel, Curtea constată că nici condiția de prevenire a unei pagube iminente nu este întrunită în speță.

Reclamanta SC E C SA. arată că are ca și obiect de activitate proiectare rețele de apă și apă uzată și că participă la licitații care sunt publicate pe portalul SEAP. Având în vedere că pe acest portal au fost încărcate cele două documente constatatoare negative, reclamanta este prejudiciată în sensul că autoritățile contractante pot să o descalifice din procedurile de atribuire a licitațiilor, fapt ce produce sau poate să producă prejudicii însemnate societății care se poate găsi în postura în care nu își mai poate desfășura activitatea de proiectare, fiind obligată să își închidă activitatea și să disponibilizeze angajații.

Conform cerinței legale, pentru a putea atrage suspendarea executării deciziei contestate, ***prejudiciul trebuie să fie material și să prezinte o anume gravitate în raport de situația solicitantului****.*

Pe de o parte, reținem că ***reclamanta invocă doar un prejudiciu prezumtiv, care ar putea apărea în cazul în care ar participa la alte licitații, și nu un prejudiu actual.***

Pe de altă parte, conform art. 167 alin. 1 din Legea nr. 98/2016, „Autoritatea contractanta exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publica: (…) g) operatorul economic care si-a încălcat in mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau in 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 anticipata a respectivului contract, plata de daune interese sau alte sancțiuni comparabile”.

H.G. nr. 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică stipulează la art. 166 alin. 8 următoarele: „Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, ***comisia de evaluare are obligația de a analiza daca acesta reflecta îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g din Lege”.***

Astfel, după cum subliniază pârâta, ***simpla existență a unui document constatator negativ, calificat astfel pentru diverse***

motive de neexecutare întocmai a contractului, nu atrage excluderea automată din competiție a ofertantului. Respingerea presupune îndeplinirea, cumulativă, a condițiilor prevăzute la art. 167 alin 1 lit. g din Legea 98/2016, și anume: operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune interese sau alte sancțiuni comparabile.

Prin urmare, în ipoteza excluderii dintr-o procedură de achiziție publică, reclamanta va avea oportunitatea să își valorifice argumentele de netemeinicie expuse în prezenta cauză, pentru a dovedi că nu și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul celor două contracte de achiziții publice sau că rezilierea contractelor nu a intervenit ca urmare a nerespectării propriilor obligații.

Având în vedere toate aceste considerente, Curtea concluzionează că nu sunt întrunite cerințele art. 14 din Legea nr. 554/2004 și va respinge solicitarea de suspendare a executării actelor administrative nr. 9218/20.06.2017 și nr. 9219/20.06.2017, formulată de reclamanta SC E C SA".

Din analiza motivării hotărârii judecătorești citată mai sus, Consiliul reține că instanța a respins cererea de suspendare a efectelor celor două certificate și pe motiv că existența lor nu atrage, de drept, respingerea din procedură, arătând, în schimb, că autoritățile contractante nu pot să respingă ofertanții doar pe baza unui asemenea document, fără a face ele însele verificări.

Deci, caracterul executoriu al unui asemenea document este condiționat în legislația actuală de existența unor verificări în vederea stabilirii conduitei operatorului și a condițiilor în care a fost emis, respectiv îndeplinirea condițiilor cerute de lege pentru emiterea lui.

Consiliul consideră, mergând pe aceeași rațiune rezultată din hotărârea citată, că autoritatea contractantă din prezenta cauză nu era în măsură să o respingă pe ofertant de drept. În acest sens, o hotărâre recentă a Curții de Apel București pronunțată într-o speță similară celei de față (Decizia nr. .../29.06.2017 pronunțată în dosarul nr. .../2/2017), stabilește următoarele: *,,Criticile de nelegalitate invocate de petentă cu privire la decizia autorității administrativ jurisdicțională și actele emise în cadrul procedurii de atribuire de către intimată și structurate pe cele două direcții menționate pe de o parte încălcarea principiului neretroactivității și aplicării legii noi pentru fapte săvârșite sub imperiul legii vechi, iar pe de altă parte nemotivarea respingerii ofertei depusă de petentă și neanalizarea apărărilor esențiale invocate de aceasta prin prisma atât a aplicării prevederilor legale interne și europene, cât și a jurisprudenței proprii a CNSC, dar și a CJUE în această materie, sunt întemeiate parțial, după cum urmează:*

Astfel, Curtea constată că atât autoritatea contractantă, cât și ulterior în cadrul procedurii de soluționare a contestației formulată de petentă, CNSC, ***au încălcat dreptul ofertantului de a-i fi pe fond analizat motivul excluderii acestei oferte prin prisma aplicării reale, iar nu formale a*** *prevederilor normative în vigoare atât la momentul săvârșirii faptei imputată acesteia, cât și la momentul derulării prezentei proceduri de atribuire, precum și aplicarea principiului proporționalității măsurii de excludere a ofertei în raport de motivele constatate la analizarea acesteia în raport de scopul atribuirii contractului de achiziție de către autoritatea contractantă.*

Din această perspectivă, vor fi înlăturate ca nelegale considerentele CNSC potrivit cărora nu avea relevanță lămurirea „aspectului privind circumstanțele care au dus la încetarea contractului" și că acest aspect „ nu ar fi avut nicio influență asupra deciziei comisiei de evaluare", iar prezumțiile deduse din analiza documentelor prezentate spre analiză de către ofertant sub același aspect sunt strict formale nefiind întemeiate pe o reală analiză a circumstanțelor concrete care au condus la rezilierea contractului anterior, prin prisma culpei grave a unuia dintre contractanți și a intenției unuia sau altuia de a continua în mod real executarea contractului, cu atât mai mult cu cât în mod constant petenta a susținut că potrivit contractului de achiziție anterior existau clauze care permiteau derularea acestuia prin posibilitatea autorității contractante de identificare a unor alte surse, aspecte care nu au fost analizate, fiind încălcat dreptul efectiv al ofertantului de a beneficia de o explicație fundamentată sub aceste aspecte.

Mai mult, Curtea reține că potrivit disp. art. 184 alin. 1-3 din Legea nr. 99/2016(a căror analiză se impunea, cu atât mai mult cu cât atât CNSC, cât și autoritatea contractantă au susținut că se aplică prevederile noii legii, în forma în vigoare la data inițierii procedurii de achiziție publică) „(1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 177, 178 și 180 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 entitatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, entitatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire.

(3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 177, 178 și 180 le poate furniza entității 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 săvârirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite."

Astfel nici CNSC, dar nici autoritatea contractantă nu au efectuat o astfel de analiză, deși dispozițiile legale imperative precitate impuneau, nu recomandau autorității, o astfel de conduită, pentru a da posibilitatea ofertantului să furnizeze dovezi privind existența unei credibilități de realizare a obiectivului contractului de achiziție preconizat a fi încheiat în urma atribuirii, dar și, mai ales, din perspectiva asigurării liberei concurențe a cât mai multor ofertanți de a participa la o astfel de procedură, iar deducerea unor prezumții din simpla citire a documentelor aflate la dispoziția acestora, în contextul în care nu rezulta cu evidență, pe de o parte, culpa gravă și evidentă a petentei în nefinalizarea contractului de achiziție anterior-aceasta susținând în mod constant că a solicitat autorității contractante(IGPF) continuarea relațiilor contractuale, luând toate măsurile de remediere și înlocuirea produselor neconforme inițial, iar de altă parte, absența oricărei culpe a acestei din urmă autorități contractante și imposibilitatea obiectivă de a continua executarea contractului încheiat anterior cu petenta.

Prin urmare, se impunea ca CNSC și, mai ales autoritatea contractantă, din perspectiva aplicării acestor dispoziții de drept material, dar și a prevederilor art. 228 alin. 2 lit. b din același act normativ, să motiveze necesitatea aplicării dispozițiilor art. 180 alin. 1 lit. g cu referire la art. 180 alin. 6 din Legea nr. 99/2016 și a excluderii ofertei petentei, respectiv a culpei contractuale grave a acesteia în executarea contractului de achiziție anterior și producerea unui prejudiciu în dauna acestei

autorități contractante, prin raportare la momentul prezentării produselor la recepționare, data impusă prin contractul respectiv în acest sens, prevederile contractuale privind modul de asigurare a finanțării acestui contract, imposibilitatea obiectivă a autorității reclamante de a continua derularea contractului prin prisma absenței oricăror surse de finanțare în acest scop, producerea unui prejudiciu în activitatea autorității contractante prin prisma necesității achiziționării acestor produse ofertate de petentă din alte surse cu plata unor diferențe substanțial mai mari sau imposibilitatea desfășurării activității autorității contractante urmare a neexecutării acestui contract determinată de fapta furnizorului produselor în cauză.

În plus, astfel cum rezultă din dispozițiile art. 184 precitate, se impunea ca autoritatea contractantă și CNSC să evoce motivele pentru care oferta petentei este inacceptabilă întrucât aceasta nu a probat credibilitatea prin prisma remediilor luate pentru continuarea contractului cu IGPF, a conduitei contractuale realizată ulterior acestor incidente în raporturile cu aceeași autoritate contractantă, astfel încât toate aceste aspecte să fie lămurite pe baza unor împrejurări obiective și verificabile atât de petentă, cât și de autoritatea administrativ jurisdicțională, ulterior de instanța de contencios administrativ învestită cu o eventuală plângere.

Prin urmare ***se impune concluzia că actele contestate în cadrul procedurii sunt nelegale prin prisma neaplicării prevederilor legale esențiale litigiului și a nemotivării respingerii ofertei ca inacceptabilă, refuzul exprimat de autoritatea contractantă fiind formal și cu încălcarea principiilor generale în materia achizițiilor publice-art. 2 alin. 2 (transparența, asumarea răspunderii și proporționalitatea), fiind încălcat dreptul de acces la justiție al petentei-ofertant în condițiile în care i-a fost refuzată aplicarea remediilor legale pentru înlăturarea acestui motiv de respingere a propriei oferte, fără a se verifica pe fond aceste susțineri.***

Totodată, invocarea prin decizia atacată a prezumției de legalitate a documentelor care au condus la reținerea caracterului inacceptabil al ofertei derivată din neatacarea acesteia pe calea unei proceduri judiciare, respectiv reținerea potrivit căreia executarea garanției de bună execuție este dovada absolută că se impune prezumția culpei grave a petentei în nefinalizarea contractului de achiziție anterior, fără a se analiza contextul de împrejurări menționate anterior, constituie elemente ale excesului de putere în raporturile juridice cu ofertantul-petentcontestator din perspectiva aplicării art. 2 alin. 1 lit. n din Legea nr. 554/2004, cu modificările ulterioare.

În plus, se reține că este nelegal și neconstituțional refuzul ambelor autorități menționate de a verifica modul real de aplicare a acestor dispoziții normative prin raportare atât la propria jurisprudență adoptată de CNSC în această materie, chiar și prin referire la dispozițiile anterioare, aspectele reglementate prin noua dispoziție fiind mai circumstanțiate și apreciate mai mult în favoarea ofertanților, iar nu a autorităților contractante, impunând condiții procedurale și garanții de analiză efectivă a credibilității ofertelor și a posibilității de remediere a acestor nereguli constatate din simpla analiză a documentației atașată ofertei, dar și, prin raportare la jurisprudența CJUE în această materie, conform art. 148 alin. 2 și alin. 4 din Constituție, atât instanțele, cât și, autoritățile interne, de orice nivel sau natură, având obligația aplicării prioritare a prevederilor și principiilor de drept european în această materie a achizițiilor publice.

Sub acest aspect, Curtea reține că în cauza În cauza C- 465/11, având ca obiect

o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Krajowa Izba Odwoławcza (Polonia), prin decizia din 30 august 2011, primită de Curte la 9 septembrie 2011, în procedura ForpostaSA, ABC Direct Contact sp. z o.o. împotriva Poczta Polska SA, CJUE a stabilit următoarele:

„1) Articolul 45 alineatul (2) primul paragraf litera (d) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii trebuie interpretat în sensul că se opune unei reglementări naționale care

prevede că există o abatere profesională gravă care conduce la excluderea automată a operatorului economic în cauză de la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice în curs în ipoteza în care, din motive imputabile acestui operator economic, autoritatea contractantă a reziliat, a anulat sau a denunțat unilateral un contract de achiziții publice precedent încheiat cu operatorul menționat, dacă rezilierea, anularea ori

denunțarea unilaterală a contractului a survenit într- un interval de trei ani înainte de

inițierea procedurii în curs, iar valoarea părții neexecutate din contractul de achiziții publice precedent se ridică la cel puțin 5 % din valoarea totală a acestui contract.

2) Principiile și normele dreptului Uniunii în materia contractelor de achiziții publice nu justifică, în temeiul protejării interesului public și a intereselor legitime ale autorităților contractante, precum și pentru menținerea unei concurențe loiale între operatorii economici, impunerea

printr- o reglementare națională, precum cea în discuție în litigiul principal, a

unei obligații în sarcina unei autorități contractante de a exclude în mod automat de la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice un

operator într- o ipoteză precum cea vizată de răspunsul la prima întrebare

preliminară.”

În considerentele acestei hotărâri, CJUE a reținut, cu relevanță pentru prezenta cauză următoarele aspecte:

„Trebuie să se constate că articolul 45 alineatul (2) primul paragraf litera (d) din Directiva 2004/18, spre deosebire de dispozițiile privind cauzele de excludere prevăzute la același paragraf literele (a), (b), (e) și (f) al acestui articol, nu face trimitere la legislațiile și reglementările naționale, dar că al doilea paragraf al aceluiași alineat (2) prevede că statele membre precizează, în temeiul dreptului lor intern și cu respectarea dreptului Uniunii, condițiile sale de aplicare.

26. În consecință, noțiunile „abatere profesională gravă”, care figurează la articolul 45 alineatul (2) primul paragraf litera (d) menționat anterior pot fi precizate și detaliate în dreptul național, cu respectarea totuși a dreptului Uniunii.

27. În această privință, trebuie arătat că, astfel cum susține în mod întemeiat guvernul polonez, noțiunea „abatere profesională” acoperă orice comportament culpabil care afectează credibilitatea profesională a operatorului în cauză, iar nu numai încălcările normelor de deontologie în sensul strict al profesiei căreia îi aparține acest operator, care ar fi constatate de organul disciplinar prevăzut în cadrul acestei profesii

sau printr- o decizie jurisdicțională cu autoritate de lucru judecat.

28. Astfel, articolul 45 alineatul (2) primul paragraf litera (d) din Directiva 2004/18 conferă autorităților contractante competența să constate o abatere profesională prin orice mijloace pe care acestea le pot justifica. În plus, spre deosebire de același paragraf litera (c), nu este necesară o hotărâre cu autoritate de lucru judecat pentru constatarea unei abateri profesionale în sensul dispoziției care figurează la paragraful menționat litera (d).

29 În consecință, nerespectarea de către un operator economic a obligațiilor sale contractuale poate, în principiu, să fie considerată drept abatere profesională.

30 ***Cu toate acestea, noțiunea „abatere gravă” trebuie să fie înțeleasă ca referindu-se în mod normal la un comportament al operatorului economic în cauză care denotă o intenție culpabilă sau o neglijență de o anumită gravitate din partea sa. Astfel, orice executare incorectă, imprecisă sau defectuoasă a unui contract sau a unei părți din acest contract poate demonstra eventual o competență profesională limitată a operatorului economic în cauză, dar nu echivalează în mod automat cu o abatere gravă.***

31 În plus, constatarea existenței unei „abateri grave” necesită, în principiu, efectuarea unei aprecieri concrete și individualizate a atitudinii operatorului economic în cauză.

32 Or, reglementarea din cauza principală impune autorității contractante să excludă de la procedura de atribuire a unui contract de achiziții publice un operator economic în ipoteza în care, din cauza unor circumstanțe care „sunt imputabile” acestuia din urmă, autoritatea respectivă a reziliat sau a denunțat unilateral un contract încheiat cu operatorul economic în cauză în cadrul unui contract de achiziții publice anterior.

33 În această privință, trebuie să se arate că, ținând seama de caracteristicile proprii ale sistemelor juridice naționale în materie de răspundere, noțiunea „motive imputabile” este foarte largă și poate cuprinde situații care depășesc cu mult o atitudine a operatorului economic în cauză care denotă o intenție culpabilă sau o neglijență de o anumită gravitate din partea sa. Or, articolul 54 alineatul (4) primul paragraf din Directiva 2004/17 face trimitere la posibilitatea aplicării criteriilor de excludere enumerate la articolul 45 din Directiva 2004/18 „în condițiile prevăzute în acel articol”, astfel încât noțiune „abatere gravă”, în sensul indicat la punctul 25 din prezenta hotărâre, nu poate fi înlocuită cu noțiunea „motive imputabile” operatorului economic în cauză.

34 În plus, reglementarea națională în discuție în litigiul principal determină ea însăși parametrii pe baza cărora un comportament trecut al unui operator economic obligă autoritatea contractantă în cauză să excludă în mod automat acest operator de la procedura de atribuire a unui contract de achiziții publice nou-încheiat, fără a lăsa acestei autorități contractante posibilitatea de a aprecia, de la caz la caz, gravitatea comportamentului pretins culpabil al operatorului menționat în cadrul executării contractului precedent.

35 În consecință, trebuie să se constate că reglementarea din cauza principală nu se limitează să traseze cadrul general de aplicare a articolului 45 alineatul (2) primul paragraf litera (d) din Directiva 2004/18, ci impune în această privință autorităților contractante condiții imperative și concluzii care trebuie să fie trase în mod automat din anumite circumstanțe, depășind astfel marja de apreciere de care dispun statele membre, în temeiul articolului 45 alineatul (2) al doilea paragraf din această directivă, cu privire la precizarea condițiilor de aplicare a cauzei de excludere prevăzute la același alineat (2) primul paragraf litera (d) al acestui articol, cu respectarea dreptului Uniunii.

36 Ținând seama de ansamblul considerațiilor care precedă, trebuie să se răspundă la prima întrebare că ***articolul 45 alineatul (2) primul paragraf litera (d) din Directiva 2004/18 trebuie interpretat în sensul că se opune unei reglementări naționale care prevede că există o abatere profesională gravă care conduce la excluderea automată a operatorului economic în cauză de la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice în curs în ipoteza în care, din motive imputabile acestui operator economic, autoritatea contractantă a reziliat, a anulat sau a denunțat unilateral un contract de achiziții publice precedent încheiat cu operatorul menționat, dacă rezilierea,***

anularea ori denunțarea unilaterală a contractului a survenit într- un interval

de trei ani înainte de inițierea procedurii în curs, iar valoarea părții neexecutate din contractul de achiziții publice precedent se ridică la cel puțin 5 % din valoarea totală a acestui contract.

…..38 În această privință, deși, desigur, reiese din cuprinsul articolului 54 alineatul (4) din Directiva 2004/17 că autoritățile contractante pot stabili criterii de selecție calitativă în plus față de criteriile de excludere enumerate la articolul 45 din Directiva 2004/18, totuși, conform unei jurisprudențe constante a Curții, articolul 45 alineatul (2) din această din urmă directivă enumeră în mod exhaustiv cauzele care pot să justifice excluderea unui operator economic de la participarea la un contract pentru motive, întemeiate pe elemente obiective, privind calitățile sale profesionale și se opune, în consecință, ca statele membre să completeze lista pe care o cuprinde cu alte cauze de excludere întemeiate pe criterii referitoare la calitatea profesională (a se vedea

Hotărârea din 9 februarie 2006, La Cascina și alții, C- 226/04 și C- 228/04, punctul 22,

Hotărârea Michaniki, citată anterior, punctul 43, precum și Hotărârea din 15 iulie 2010,

Bâtiments WISAG Produktionsservice, C- 74/09, Rep., p. I- 7271, punctul 43).

39 Numai în cazul în care excluderea în discuție nu are legătură cu calitățile

profesionale ale operatorului economic și, prin urmare, nu se încadrează într- o astfel de

enumerare exhaustivă poate fi avută în vedere admisibilitatea eventuală a acestei cauze în temeiul principiilor sau al altor norme ale dreptului Uniunii în materie de achiziții publice (a se vedea în această privință Hotărârea Fabricom, citată anterior, punctele 25-36, Hotărârea Michaniki, citată anterior, punctele 44-69, precum și Hotărârea din 19

mai 2009, Assitur, C- 538/07, Rep., p. I- 4219, punctele 21-33).

40 Or, în speță, articolul 24 alineatul 1 punctul 1. a) din Legea privind achizițiile publice enunță o cauză de excludere referitoare la calitatea profesională a operatorului economic în cauză, astfel cum este confirmat de faptul, indicat la punctele 10 și 23 din prezenta hotărâre, că legiuitorul polonez a invocat articolul 45 alineatul (2) primul paragraf litera (d) din Directiva 2004/18 în susținerea adoptării acestei dispoziții naționale. O astfel de cauză de excludere, care depășește cadrul enumerării exhaustive care figurează în acest prim paragraf, astfel cum reiese din răspunsul la prima întrebare, nu este, în consecință, nici ea admisibilă conform principiilor și altor norme ale dreptului Uniunii în materie de achiziții publice.

41 În consecință, trebuie să se răspundă la a doua întrebare că principiile și normele dreptului Uniunii în materia contractelor de achiziții publice nu justifică, în temeiul protejării interesului public și a intereselor legitime ale autorităților contractante, precum și pentru menținerea unei concurențe loiale între operatorii

economici, impunerea printr- o reglementare națională, precum cea în discuție în litigiul

principal, a unei obligații în sarcina unei autorități contractante de a exclude în mod automat de la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice un operator

într- o ipoteză precum cea vizată de răspunsul la prima întrebare preliminară. ”

Se constată că după cum a susținut în mod constant și petenta, la data derulării prezentei proceduri erau în vigoare dispozițiile articolului 57 alineatul 6 paragraful 3 din Directiva 2014/24/UE conform cărora „Măsurile luate de către operatorii economici sunt evaluate ținând seama de gravitatea și de circumstanțele particulare ale infracțiunii sau ale abaterii. În cazul în care măsurile sunt considerate insuficiente, operatorul economic primește o expunere a motivelor respectivei decizii", astfel, înlăturarea argumentelor invocate de petentă cu privire la jurisprudența obligatorie și prioritară în raport dreptul intern pentru considerentul că nu este obligatorie fiind strict formală și orientată către înlăturarea unei oferte fără analizarea efectivă a capacității acesteia de a atinge scopul contractului de achiziție publică, petenta aflându-se în imposibilitate obiectivă de a-și orienta comportamentul în raporturile cu autoritățile publice în absența oricăror motive de fapt și de drept care să îi înlăture argumentele esențiale.

În plus, Curtea reține că analizarea conflictului temporal între dispozițiile legii vechi și ale legii noi în această materie nu ar putea conduce la o altă soluție decât cea prezentată anterior în condițiile în care însăși autoritatea contractantă și CNSC nu au aplicat în mod real noile dispoziții normative în domeniu față de care petenta și-a întemeiat în fapt și în drept prezentul demers procesual, urmând ca în cadrul reluării procedurii de verificare a ofertei petentei să se analizeze inclusiv modul de interpretare a prevederilor art. 253 din Legea nr. 99/2016, în special a disp. alin. 4 din acest act normativ cu referire la analizarea efectelor încetării contractului de achiziție încheiat sub imperiul OUG nr. 34/2006 și a unei extinderi a consecințelor acestei încetări în privința prezentei proceduri de atribuire, luând în considerare că potrivit disp. art. 180 alin. c ind. 1 și art. 182 alin. 1-2 din OUG nr. 34/2006 „Autoritatea contractantă are dreptul de a exclude dintr-o procedură pentru atribuirea contractului de achiziție publică orice ofertant/candidat care se afla în oricare dintre următoarele situații:

c^1) în ultimii 2 ani nu și-a îndeplinit sau și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale, din motive imputabile ofertantului în cauză, fapt care a produs sau este de natură să producă grave prejudicii beneficiarilor acestuia;

Articolul 182

(1) Autoritatea contractantă are obligația de a accepta ca fiind suficient și relevant pentru demonstrarea faptului că ofertantul/candidatul nu se încadrează în una dintre situațiile prevăzute la art. 180 și 181 orice document considerat edificator, din acest punct de vedere, în țara de origine sau în țara în care ofertantul/candidatul este stabilit, cum ar fi certificate, caziere judiciare sau alte documente echivalente emise de autorități competente din țara respectiva.

(2) În cazul în care există incertitudini în ceea ce privește situația personală a respectivilor candidați/ofertanți, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita în mod direct informații de la autoritățile competente care emit documente de natura celor prevăzute la alin. (1). În ceea ce privește cazurile menționate la art. 180, în conformitate cu legislația internă a statului în care sunt stabiliți candidații sau ofertanții, aceste solicitări se referă la persoane fizice și persoane juridice, inclusiv, după caz, la directori de companii sau la orice persoană cu putere de reprezentare, de decizie ori de control în ceea ce privește candidatul sau ofertantul.”

De altfel, această posibilitate înțeleasă în sensul obligativității parcurgerii acesteia în măsura în care se constată, precum este cazul în prezenta cauză, aceste neclarități, a

fost reluată și dezvoltată în dispozițiile art. 184 din Legea nr. 99/2016, fiind preluată din normele directivelor în materie în vigoare atât la momentul procedurii de achiziție derulată anterior, cât și ulterior, în alte configurații normative, însă având în esență același scop, respectarea principiilor de atribuire a contractelor de achiziție publică astfel cum acestea au fost interpretate și aplicate în jurisprudența CJUE menționată anterior, aspecte care conduc la admiterea în parte a plângerii în sensul că va fi modificată în parte Decizia CNSC și va fi admisă în parte contestația petentei prin anularea adresei nr. 702/20.03.2017, a deciziei prin care oferta Asocierii Transproiect 2001 SA- U__ G___ SA a fost declarată inacceptabilă, a deciziei de anulare a procedurii de atribuire și a adresei nr. 868/30.03.2017 de comunicare a răspunsului la notificarea prealabilă.

Totodată, va fi anulat în parte raportul procedurii nr. 49.3/20.03.2017 în ceea ce privește anularea procedurii și declararea ca inacceptabilă a ofertei petentei, astfel încât autoritatea contractantă are obligația de a se conforma întrutotul considerentelor de fapt și de drept ale prezentei decizii în vederea prezentării unei motivări reale față de petentă cu privire la analizarea caracterului acceptabil al ofertei acesteia din perspectiva aplicării art. 108 alin. 1 lit. g și alin. 6 din Legea nr. 99/2016, precum și a normelor europene în vigoare la momentul derulării procedurii, sub rezervele menționate anterior în privința efectelor faptelor săvârșite sub imperiul legii vechi și semnificația consecințelor acestora pentru procedurile derulate potrivit noii legii.

Va fi respinsă cererea de sesizare a CJUE în vederea aplicării prevederilor art. 267 din TFUE, luând în considerare că pentru soluționarea prezentei plângeri nu este utilă lămurirea modului de interpretare și aplicare a prevederilor art. 57 alin.6 paragraful 3 din Directiva nr.24/2014, luând în considerare că potrivit acestor prevederi de drept european „(6) Orice operator economic care se află în una dintre situațiile menționate la alineatele (1) și (4) poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de operatorul economic sunt suficiente pentru a demonstra fiabilitatea acestuia, în ciuda existenței unui motiv relevant de excludere. Dacă astfel de dovezi sunt considerate suficiente, operatorul economic în cauză nu este exclus de la procedura de achiziție.

În acest scop, operatorul economic dovedește că a plătit sau s-a angajat să plătească o compensație în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate prin infracțiune sau prin abatere, că a clarificat complet faptele și împrejurările, cooperând activ cu autoritățile însărcinate cu investigația și că a luat măsuri concrete la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, adecvate pentru a preveni orice noi infracțiuni sau abateri.”

Cauza expusă pe larg de Consiliu este similară, la nivel de amănunt, celei de față, iar motivarea reprezintă o veritabilă îndrumare practică pentru profesioniștii în materia achizițiilor publice, autorități contractante sau petenți, deopotrivă. Prin urmare, Consiliul deduce că existența documentului constatator nu poate fi considerată, în sine, un motiv suficient pentru a respinge oferta depusă de Asocierii SC ...SL, deci caracterul lui executoriu este condiționat de verificarea condițiilor în care a fost emis, de atitudinea generală a operatorului economic împotriva căruia a fost emis, de consecințele abaterii profesionale și repararea lor către operator, luarea unor măsuri organizatorice pentru prevenirea în viitor a abaterilor profesionale și alte asemenea..

Față de argumentele din hotărârea CJUE, obligatorie pentru instanțele române, autoritatea contractantă trebuie să verifice credibilitatea operatorului nu numai prin prisma documentului constatator negativ, ci și prin prisma celor pozitive, respingerea de drept fără o minimă verificare fiind în contradicție cu principiile europene expuse.

Prin urmare, existența existența unor documente nu conduce, *ope legis*, la excluderea ofertantului din procedură, ci obligă autoritatea contractantă la efectuarea unor verificări prealabile referitoare la cuantificarea prejudiciului, circumstanțele producerii lui, gradul de vinovăție al operatorului, partea din contract realizată de acesta, partea de contract neexecutată, eventual, în măsura în care este vinovat, măsurile corective dispuse de operator și orice alte aspecte așa cum rezultă, exemplificativ, din practica judiciară internă și europeană citată mai sus.

Cu toate că documentul constatator au fost încărcat în SEAP prematur, acest aspect nu conduce la nulitatea lui. Din moment a ajuns la cunoștința publică, nu înseamnă că autoritatea nu trebuie să efectueze verificări, ci dimpotrivă, aceasta trebuie să solicite operatorului respectiv documente prin care să dovedească ori îndeplinirea obligațiilor sale din contractele pentru care au fost emise documentele negative, ori în situația în care nu și-a îndeplinit obligațiile, măsurile organizatorice luate pentru corectarea acestei situații, respectiv adoptarea unor noi proceduri, înlocuirea responsabililor, un control de calitate mai riguros, documente constatatoare pozitive ulterioare celor care ar da posibilitatea eliminării din procedură etc, penalități plătite, daune, eventuale puneri în întârziere a partenerilor din asocierea cu care a participat la contractele respective, dovezi din care să rezulte persoanele vinovate, etc, etc. Numai după o asemenea verificare, autoritatea poate desemna valabil câștigătoarea procedurii de față.

În consecinţă, luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestaţia formulată de SC .. SRL, lider al Asocierii SC ... SL, în contradictoriu cu ... și dispune reevaluarea DUAE depus de ofertant, cu lămurirea aspectelor de mai sus.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, a admite contestaţia formulată de către SC ...SRL, lider al Asocierii SC .. SL, în contradictoriu cu ...și dispune reevaluarea DUAE depus de ofertant, cu lămurirea aspectelor de mai sus.

Măsurile dispuse vor fi aduse la îndeplinire în termen de 15 zile de la comunicarea prezentei.

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

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**
... **...** **...**

Redactată în 4 (patru) exemplare, conţine 17 (șaptesprezece) pagini.