



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, 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) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 39/03.04.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 13178/06.04.2020, formulată de către ..., în calitate de lider al asocierii ... - ... - ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată prin SCA ..., cu adresa de comunicare a actelor de procedură în ..., împotriva raportului procedurii nr. 7065/26.03.2020, emis de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Consolidare sistem rutier ..., județul ...km 13+100 – 21+200”, se solicită admiterea contestației, anularea raportului procedurii nr. 7065/26.03.2020 și constatarea că excluderea ofertei sale este nelegală, reluarea procedurii de atribuire cu luarea în considerare a ofertei sale și obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent din 14.04.2020, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 14560/14.04.2020, ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., a formulat cerere de intervenție voluntară accesorie, prin care solicită admiterea acesteia, respingerea contestației formulată de către ..., în calitate de lider al asocierii ... - ... - ... și menținerea ca temeinică și legală a comunicării rezultatului procedurii emisă de autoritatea contractantă.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ..., în calitate de lider al asocierii ... - ... - ... critică decizia autorității contractante de excludere a ofertei sale din cadrul procedurii de atribuire, pe care o apreciază ca fiind nelegală, având în vedere următoarele aspecte:

1. Autoritatea contractantă a interpretat și a aplicat în mod greșit soluția pronunțată în cadrul Dosarului nr. 1139/96/2019 al Tribunalului ..., având ca obiect anularea Certificatului constatator nr. 12941/11.06.2019 emis de UAT Județul ...;

2. Excluderea, în mod automat, a ofertei asocierii contestatoare, fără parcurgerea procedurii de clarificare, obligatorie, prevăzută de art. 171 din Legea nr. 98/2016, este nelegală;

3. Prin măsura excluderii ofertei, a fost încălcat principiul proporționalității prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016.

1. Așa cum rezultă din raportul procedurii atacat, contestatorul arată că autoritatea contractantă a luat act de motivul de excludere pe baza adresei nr. 26119/07.02.2020 a Direcției Generale a Administrației Publice Locale din cadrul CJ ..., raportat la soluția pronunțată în Dosarul nr. 1139/96/2019 al Tribunalului

Temeiul abaterii invocate și obiectul acestui dosar judiciar îl constituia Documentul constatator negativ nr. 12941/11.06.2019, emis de aceeași autoritate contractantă, pentru refuzul - din rațiuni financiare - a ... de a semna al 8-lea Contract subsecvent al acordului-cadru nr. 23/17899/02.08.2017.

Așa cum rezultă din constatările efectuate de către comisia de evaluare, referitor la această abatere, cele reținute în Raportul procedurii atacat, nu reflectă în mod real și legal starea de drept conturată în urma soluției pronunțate în Dosarul nr. 1139/96/2019 al Tribunalului ...și se pare că informațiile comisiei de evaluare au fost preluate doar din adresa indicată, fără să fie verificate în concret dispozițiile instanței.

Astfel, contestatorul precizează că din documentul publicat pe SEAP de către autoritatea contractantă, respectiv încărcarea Certificatului constatator nr. 12941/11.06.2019 emis de UAT Județul ...în cadrul procedurii de licitație deschisă nr. 175573/23.05.2017, în forma sa inițială, cu o „Notă”, rezultă că aceasta interpretează în mod greșit soluția definitivă pronunțată de instanța de fond.

Conținutul „Notei”, în sensul că: „În conformitate cu sentința civilă nr. 1552 din data de 04.11.2019 a Tribunalului ..., Documentul constatator cu conținut negativ nr. 12941/11.06.2019, rămâne valabilă, iar prevederile punctului 9, cu privire la prejudiciu, sunt anulate cu mențiunea că «nu înseamnă că societatea nu ar fi cauzat nici prejudiciu, ci înseamnă doar că estimarea prejudiciului s-a făcut în mod netemeinic»” este nelegală, nu reflectă dispozițiile hotărârii definitive și denotă o redare nereală a acestor dispoziții.

Așa cum rezultă în mod expres și concret din Sentința civilă nr. 1552/04.11.2019 a Tribunalului ..., dispozițiile acesteia - rămase definitive - sunt următoarele: *„Admite, în parte, cererea de chemare în judecată formulată de reclamanta ..., în contradictoriu cu pârâții UAT Județul ...și Consiliul Județean ...și, în consecință, Anulează punctul 9 din documentul constatator nr. 12941 din 11.06.2019, referitor la prejudiciul adus autorității contractante, urmând a respinge celelalte petite ca neîntemeiate”.*

Rezultă în mod neechivoc faptul că „mențiunea” indicată de către autoritatea contractantă lipsește cu desăvârșire din dispozițiile sentinței la care se face raportare. Astfel, autoritatea contractantă a luat în considerare,

În privința evaluării ofertei contestatorului și a cazului de excludere - o stare de drept inexistentă, greșită. Punctul 9 din documentul constatator, în privința prejudiciului, a fost anulat, în totalitate, astfel deși s-au menținut precizările de la pct.8 cu privire la împrejurarea că, contractul de achiziție nu a fost îndeplinit în mod corespunzător, nu există prejudiciu produs autorității contractante.

Prin decizia pronunțată în recurs, nu s-a schimbat deloc hotărârea instanței de fond, astfel adăugirile de către autoritatea contractantă la dispozițiile concrete ale instanței de fond, comunicate de către Direcția Generală a Administrației Publice Locale din cadrul CJ ...prin adresa nr. 26119/3/20.02.2020 (așa cum rezultă din Raportul procedurii), a indus în eroare comisia de evaluare.

De asemenea, acest document constatator negativ - singurul emis pe seama contestatorului - trebuia interpretat și din prisma întregului acord-cadru nr. 23/17899/02.08.2017.

Pe baza acestui acord-cadru au fost încheiate, în urma îndeplinirii în mod corespunzător a obligațiilor stabilite în 7 contracte subsecvente, 7 procese- verbale de recepție la terminarea lucrărilor, fără nici o obiecțiune din partea autorității contractante. Astfel, nesemnarea unui singur contract subsecvent, în cadrul acestui acord-cadru, chiar dacă există acel Certificat constatator cu conținut negativ și implicit hotărârile judecătorești aferente, nu trebuie luat și interpretat în mod izolat de către autoritatea contractantă.

Caracterizarea activității și profesionalismul contestatorului, din prisma criteriilor de calificare și selecție - pe baza unui singur certificat constatator negativ, în condițiile în care chiar și la nivelul aceleiași autorități contractante, implicit pe baza aceluiași acord-cadru au fost derulate și finalizate, fără obiecțiuni, numeroase lucrări, reflectă o caracterizare nereală și nelegală a activității ...

În consecință, în urma interpretării eronate a sentinței civile nr. 1552/04.11.2019 a Tribunalului ...de către comisia de evaluare, care probabil nici nu a studiat conținutul concret al sentinței - ci doar redarea informațiilor din adresa internă nr. 26119/20.02.2020, a determinat luarea hotărârii de excludere în mod greșit.

Citarea parțială și din context în Raportul procedurii nr. 7065/16.03.2020 din Decizia Curții de Apel Târgu ...nr. 38/2020 nu poate substitui dreptul autorității contractante de a evalua în concret situația ofertantei, în concret a asocierii contestatoare.

Pentru aceste motive, starea de fapt și de drept reținută de comisia de evaluare și care a determinat excluderea asocierii contestatoare, este greșită și nelegală.

2. Așa cum rezultă din argumentele de excludere menționate în Raportul procedurii nr. 7065/26.03.2020, contestatorul precizează faptul că autoritatea contractantă a procedat la o excludere automată, pe baza hotărârilor judecătorești pronunțate în Dosarul nr. 1139/96/2019 al Tribunalului ...(cu interpretarea eronată conform motivelor de la pct. 1).

Astfel, autoritatea contractantă nu a solicitat contestatorului nicio clarificare și nu i-a acordat ... posibilitatea de a furniza dovezi pentru demonstrarea credibilității sale, conform art. 171 din Legea nr. 98/2016, pe care îl citează.

În pofida faptului că există acel precedent cu privire la ..., din moment ce acestei societăți nu i s-a interzis, prin hotărâre judecătorească de a participa la proceduri de achiziții publice, autoritatea contractantă, în raport cu toate experiențele și documentele avute la dispoziție, trebuia să analizeze în mod obiectiv dacă într-adevăr măsura excluderii de la proceduri este justificată.

Jurisprudența, atât cea națională, dar și cea europeană, este constantă în privința faptului că măsura de excludere a unui operator economic nu poate fi automată, ci trebuie să fie precedată de o acordare de posibilitate a ofertantului de a anihila efectele motivului de excludere și, în acest sens, contestatorul invocă Decizia CJUE din 03.10.2010 în cauza C-267/18, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul art. 267 TFUE de Curtea de Apel București (România), în procedura Delta Antrepriza de Construcții și Montaj 93 SA împotriva Companiei Naționale de Administrare a Infrastructurii Rutiere S.A., din care se citează.

Argumentele acestei soluții derivă din voința expresă a legiuitorului european, materializată în art. 57 alin.(6) din Directiva 2014/24, transpusă în legislația națională în art. 171 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere că motivul de excludere din prezenta cauză se încadrează în prevederile art. 57 alin. (4) lit. g) din Directiva 2014/24, contestatorul apreciază că pentru rațiuni similare, argumentele și dispozițiile CJUE sunt adecvate și acestei spețe.

De asemenea, contestatorul evocă și Hotărârea CJUE din data de 30.01.2020 în cauza C-395/18, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul art. 267 TFUE de Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Tribunalul Administrativ Regional din Lazio, Italia), în procedura Tim SpA - Direzione e coordinamento Vivendi SA împotriva Consip SpA, Ministero de dell'Economia e delle Finanze, din care citează.

Totodată, se evocă și deciziile C.N.S.C. nr. 404/C11/282/15.03.2019 și cea pronunțată prin admiterea contestației înregistrată la Consiliu cu nr. 13567/04.04.2018.

Așa cum rezultă din întreaga activitate a ..., exemplificată cu perioada pentru ultimii 2 ani, se poate deduce seriozitatea și profesionalismul cu care își desfășoară activitatea. Abaterea invocată și constatată prin Documentul constatat nr. 12941/11.06.2019 emis de UAT Județul ..., este un caz izolat, o excepție de la regula îndeplinirii în mod corespunzător a obligațiilor asumate în cadrul multiplelor proceduri de achiziție publică.

Din centralizatorul anexat rezultă că, chiar și în perioada scurtă 2017-2020, ... a demarat și este în curs de derulare, 57 de contracte de lucrări, la valoare totală de cca. 117.912.877 RON. Dintre beneficiarii acestor lucrări, se numără în general unități administrativ teritoriale, dar și societăți comerciale.

În acest context profesional, contestatorul susține că abaterea gravă ce derivă din Documentul constatat nr. 12941/11.06.2019 este una minoră. În cadrul unor clarificări și posibilități, ... putea demonstra, în concret, credibilitatea pentru derularea procedurii la care a formulat ofertă și astfel excluderea nu ar fi fost necesară.

Chiar și preambulul Directivei nr. 2014/24 la (102) prevede ca operatorii economici să aibă posibilitatea „remedierii consecințelor abaterilor și prevenirea în mod eficient a repetării acestora. În cazul în care aceste

măsuri oferă garanții suficiente, operatorul economic în cauză nu ar mai trebui să fie exclus doar din aceste motive”.

Inclusiv doctrina de specialitate, întărită cu practica CNSC, a detaliat pașii urmați în cazul în care autoritatea contractantă se confruntă cu analiza ofertei unui operator economic susceptibil de a fi exclus din procedura de atribuire:

Astfel, în contextul faptic și juridic, din care rezultă în mod expres intenția legiuitorului, atât cel european cât și național, contestatorul precizează că omisiunea de către autoritatea contractantă a procedurii de clarificare, prevăzută de art. 171 din Legea nr. 98/2016 și excluderea automată a ofertei sale, este nelegală.

3. În ceea ce privește al treilea aspect, contestatorul menționează că autoritatea contractantă a încălcat în mod vădit principiul elementar al achizițiilor publice, cel al proporționalității, prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016.

Acest lucru a apărut tocmai datorită nerespectării procedurii de clarificare prevăzută de art. 171 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, deoarece comisia de evaluare nu a efectuat o corelare în detaliu între abaterea constatată anterior și activitatea și profesionalismul general și concret al ...

În continuare, contestatorul evocă practica CJUE, atât pe dispozițiile vechii Directive (2004/18/CE), dar și pe cele actuale, care este unitară în sensul că încălcarea vădită a principiului proporționalității subzistă în cazul excluderii automate din procedură (de ex. cauza C-171/15, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul art. 267 TFUE de Hoge Raad der Nederlanden (Curtea Supremă a Țărilor de Jos), prin decizia din 27 martie 2015, primită de Curte la 15 aprilie 2015, în procedura Connexxion Taxi Services BV împotriva Staat der Nederlanden - Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, Transvision BV, Rotterdamse Mobiliteit Centrale RMC BV, Zorgvervoercentrale Nederland BV, din care citează).

Contestatorul susține că există o disproporție vădită între abaterea săvârșită - în pofida celor constatate de către instanțele judecătorești în privința caracterului acesteia - consecințele concrete ale acesteia și excluderea ofertei asocierii de la procedură. Practic, ulterior rezilierii acordului-cadru, autoritatea contractantă a încheiat un alt contract, evident la un preț mai ridicat (ceea ce dovedește inclusiv motivul întemeiat al refuzului său de a semna contractul subsecvent). Așa cum rezultă din raportul procedurii, oferta asocierii contestatoare se afla pe primul loc.

Concluzionând, ..., în calitate de lider al asocierii ... - ... - ... solicită C.N.S.C. admiterea contestației, anularea raportului procedurii nr. 7065/26.03.2020 și constatarea că excluderea ofertei sale este nelegală, reluarea procedurii de atribuire cu luarea în considerare a ofertei sale și obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

Prin punctul de vedere nr. 8146/10.04.2020, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 14082/10.04.2020, ... solicită respingerea contestației ..., în calitate de lider al asocierii ... - ... - ... ca nefondată.

Comisia de evaluare, în urma verificărilor efectuate asupra condițiilor de calificare și în urma evaluării propunerilor tehnice și a celor financiare, a declarat admisibile ofertele depuse de ofertanții asocierea ... - ... - ..., respectiv oferta depusă de ...

În urma aplicării criteriul de atribuire stabilit prin documentația de atribuire, respectiv „cel mai bun raport calitate-preț”, oferta clasată pe primul loc a fost cea depusă de asocieria ... - ... - ...

Comisia de evaluare a solicitat, prin adresa nr. 161/04.02.2020 încărcată în SEAP la ora 15:53, ofertantului clasat pe primul loc, ... - ... - ... să prezinte documente suport / dovezi pentru demonstrarea informațiilor prezentate în DUAЕ, având ca termen limită data de 11.02.2020 ora 23:59. Ofertantul a transmis în termen, în data de 11.02.2020 ora 15:06, prin SEAP, documentele suport / dovezile pentru demonstrarea informațiilor prezentate în DUAЕ.

Comisia de evaluare arată că nu a analizat documentele justificative DUAЕ prezentate de ofertantul clasat pe primul loc, respectiv ... - ... - ... deoarece, în data de 07.02.2020, prin adresa nr. 26119/a/2020, Direcția Generală Administrație Publică Locală din cadrul Consiliului Județean ...a adus la cunoștință faptul că instanța de judecată, Curtea de Apel Târgu ...în Dosarul nr. 1139/96/2019, la termenul de judecată din data de 22.01.2020, a respins recursul formulat de reclamantul ... împotriva Sentinței civile nr. 1552 din 04.11.2019 pronunțată de către Tribunalul ..., în Dosarul nr. 1139/96/2019, având ca obiect anularea Documentului constatator nr. 12941 din 11.06.2019, emis pentru ...

Astfel, în urma studierii documentelor transmise, autoritatea contractantă precizează că a luat act de următoarele:

- în data de 11.06.2019, CONSILIUL JUDEȚEAN ...a emis Documentul constatator negativ cu nr. 12941/11.06.2019, pentru refuzul contractantului ... în vederea semnării al 8-lea Contract subsecvent al acordului-cadru nr. 23/17899/02.08.2017 având ca obiect „Întreținerea curentă și periodică - plombări și covoare bituminoase pe drumurile județene - județul ...pentru perioada 2017-2020, pentru Lot nr. 1”, cu stabilirea unui prejudiciu în valoare de 591.421,23 lei, reprezentând valoarea contractului subsecvent pe care contractantul a refuzat să-l semneze. Contractantul a motivat nesemnarea contractului subsecvent prin faptul că, majorarea prețului bitumului a fost imprevizibilă în perioada contractuală.

- acordul-cadru a fost reziliat ca urmare a refuzului semnării contractului subsecvent de către ..., în baza prevederilor acestuia.

- contractantul ... a contestat Documentul constatator cu conținut negativ în primă instanță, la Tribunalul Tribunalul ...a dispus menținerea documentului constatator cu conținut negativ și a constatat culpa contractantului, anulând punctul referitor la prejudiciu. Instanța a subliniat faptul că *„anularea prevederilor documentului constatator referitoare la prejudiciu, nu înseamnă că prin fapta sa contractantul nu ar fi cauzat nici un prejudiciu, ci înseamnă doar că estimarea prejudiciului s-a făcut în mod netemeinic de către autoritatea contractantă”*.

- operatorul economic a formulat recurs la hotărârea Tribunalului ...la Curtea de Apel Curtea de Apel ..., prin Hotărârea civilă nr. 38/2020, a dispus menținerea documentului constatator cu conținut negativ, precum și anularea punctului referitor la prejudiciu, menținând astfel dispozițiile Tribunalului ..., subliniind faptul că *„neexecutarea obligației ce derivă din încheierea unui acord-cadru, respectiv cea de a semna contractul de achiziție subsecvent are semnificația prevăzută de dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. (g)*

din Legea nr. 98/2019, respectiv de încălcare gravă a obligațiilor contractuale". Decizia Curții de Apel este definitivă.

Autoritatea contractantă, luând act de cele mai sus menționate, a exclus din procedura de achiziție asocierea ... – ... – ... în baza art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, pe care le citează.

În urma excluderii din procedura de achiziție a asocierii contestatoare, autoritatea contractantă precizează că singura ofertă admisibilă a rămas oferta depusă de ..., căruia i-a solicitat în data de 13.03.2020 să prezinte documentele-suport/dovezi pentru demonstrarea informațiilor prezentate în DUAE cu termen de răspuns 23.03.2020. Ofertantul a transmis prin SEAP documentele-suport în data de 19.03.2020, iar comisia de evaluare a analizat documentele-suport/dovezile prezentate de ofertant pentru demonstrarea informațiilor din DUAE prezentate, în procesul-verbal nr. 372/24.03.2020. În urma verificării documentelor-suport/dovezilor, comisia de evaluare a constatat că informațiile preliminare din DUAE sunt demonstrate și s-a desemnat oferta prezentată de ... ca fiind câștigătoare.

Referitor la cererile formulate de contestator, autoritatea contractantă menționează că acesta solicită C.N.S.C. să se dispună anularea raportului procedurii nr. 7065/26 .03.2020, din 3 motive:

1. autoritatea contractantă a interpretat și aplicat în mod greșit soluția pronunțată în cadrul Dosarului nr. 1139/96/2019 al Tribunalului ...având ca obiect anularea Certificatului constatator nr. 12941/11.06.2019 emis de UAT JUDEȚUL ...;

2. excluderea, în mod automat, a asocierii fără a parcurge procedurile de clarificare;

3. prin măsura excluderii a fost încălcat în mod vădit principiul proporționalității prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016.

1. În privința primului motiv privind interpretarea și aplicarea în mod greșit a soluției pronunțate de Tribunalul ..., autoritatea contractantă face mențiunea că a studiat respectiva hotărâre prin care s-a dispus menținerea documentului constatator cu conținut negativ și a constatat culpa contractantului, anulând punctul referitor doar la prejudiciu. Instanța a subliniat faptul că „anularea prevederilor documentului constatator referitoare la prejudiciu, nu înseamnă că prin fapta sa contractantul nu ar fi cauzat nici un prejudiciu, ci înseamnă doar că estimarea prejudiciului s-a făcut în mod netemeinic”.

Comisia de evaluare a exclus din procedura de achiziție publică asocierea contestatoare în baza art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, pe care îl citează.

În continuare, autoritatea contractantă evocă prevederile art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016 și apreciază că excluderea contestatorului din motivele prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din același act normativ, reprezintă o obligație și nu un drept al acesteia.

2. În privința motivului de excludere din procedură, respectiv în baza art. 167 lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, contestatorul susține că autoritatea contractantă nu a făcut uz de prevederile art. 171 din Legea nr. 98/2016

privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, în ceea ce privește posibilitatea ofertantului „de a 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”.

În această speță, luând în considerare faptul că, motivul excluderii a fost refuzul de a semna contractul subsecvent, ofertantul nu mai putea lua măsuri ulterioare pentru remedierea acestora, în sensul art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare.

În altă ordine de idei, autoritatea contractantă fiind emitentul actului pe care se bazează excluderea ofertantului, consideră că acesta nu putea furniza nicio astfel de dovadă, de care autoritatea contractantă să nu aibă cunoștință. Contestatorul a făcut însăși afirmațiile că „Nu aveam niciun interes de a refuza încheierea contractului, decât în condițiile de piață notorii, privind majorarea prețului bitumului, iar acel dezechilibru contractual și pierderea care înseamnă încheierea contractului subsecvent nu putea fi asumată de societatea noastră”, în cadrul recursului înaintat împotriva Sentinței emise de Tribunalul

Prin Decizia nr. 38R/2020, Curtea de Apel a subliniat următoarele: „Referirile la creșterea prețului de bitum, de natură să creeze un dezechilibru contractual nu pot avea efect exonerator cauză în contextul în care, aceste aspecte nu pot fi subsumate dispozițiilor art. 1271 alin. (2) Cod Civil. În raport cu considerentele anterioare și aplicarea art. 1271 alin. (1) Cod Civil recurenta trebuia să-și execute obligațiile derivate din semnarea acordului-cadru chiar dacă executarea lor a devenit mai oneroasă datorită creșterii costurilor executării propriei obligații”.

3. Referitor la acest punct, prin care contestatorul acuză că ar fi o disproporționalitate vădită între abaterea desăvârșită și excluderea ofertantului și invocă faptul că ulterior rezilierii acordului-cadru, autoritatea contractantă a încheiat un alt contract la un preț ridicat, aceasta face precizarea că ..., conform art. 127 alin. (2) din Codul civil, trebuia să-și execute obligațiile derivate din semnarea acordului-cadru chiar dacă executarea lor a devenit mai oneroasă datorită creșterii costurilor executării propriei obligații.

Fiind vorba de lucrări de întreținere pe drumurile județene a căror neexecutare până la urmă ar fi pus în pericol siguranța circulației, autoritatea contractantă, prin refuzul ... de a semna contractul subsecvent, a fost nevoită să inițieze o nouă procedură de achiziție publică. Prețul ofertei financiare a ofertantului căruia i s-a atribuit contractul a fost rezultatul liberei concurențe și a reflectat prețurile pieței la acel moment.

Având în vedere cele prezentate mai sus, pe baza prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, ... solicită C.N.S.C. respingerea contestației asocierii ... – ... – ... ca fiind nefondată.

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent din 14.04.2020, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 14560/14.04.2020, ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., a formulat cerere de intervenție voluntară accesorie, prin care solicită admiterea acesteia, respingerea contestației formulată de către ..., în calitate

de lider al asocierii ... - ... - ... și menținerea ca temeinică și legală a comunicării rezultatului procedurii emisă de autoritatea contractantă.

1. Admisibilitatea în principiu a cererii de intervenție

Intervenientul arată că, în urma evaluării ofertelor depuse și aplicării criteriului de atribuire, oferta sa a fost declarată câștigătoare, conform adresei nr. 7365/30.03.2020 de comunicare a rezultatului procedurii.

Având în vedere calitatea de ofertant câștigător, ... este în drept să formuleze cererea de intervenție voluntară, în interesul autorității contractante, în dosarul având ca obiect contestația formulată de asocieria ... - ... - ... împotriva raportului procedurii înregistrat cu nr. 7065/26.03.2020, prin care oferta sa a fost exclusă din procedura de atribuire.

Prin formularea cererii de intervenție, se urmărește conservarea dreptului de câștigător al procedurii și se justifică astfel un interes legitim pentru promovarea cererii, fiind îndeplinite condițiile prevăzute de art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 coroborate cu prevederile art. 61 alin. (1) și alin. (3) C.Pr.Civ.

Având în vedere că ... are calitatea de operator economic participant la procedura de atribuire, iar oferta sa a fost declarată câștigătoare și că, prin contestația formulată, contestatoarea asocieria ... - ... - ... urmărește anularea rezultatului procedurii, prin care oferta acesteia a fost exclusă din procedura de atribuire, precum și actelor subsecvente acestora, emise de către autoritatea contractantă în cadrul procedurii de atribuire, acesta, în calitate de ofertant câștigător, justifică un interes legitim în a interveni pentru menținerea actelor autorității contractante și a rezultatului procedurii.

În concluzie, ... are un interes determinat (respingerea contestației, pentru a-și conserva dreptul de câștigător al procedurii), legitim (definit de Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004 ca posibilitatea de a pretinde o anumită conduită, în considerarea realizării unui drept subiectiv viitor și previzibil, prefigurat), personal, născut și actual (fiind ofertant câștigător în competiția pentru atribuirea contractului).

Jurisprudența confirmă interesul unui ofertant în a formula o cerere de intervenție accesorie în favoarea autorității contractante, pentru menținerea actelor adoptate de aceasta (decizia nr. 1534/2016 a Curții de Apel Oradea - Secția a II-a de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 721/2018 a Curții de Apel Brașov - Secția de contencios administrativ și fiscal).

Pentru toate aceste considerente, ... solicită admiterea în principiu a cererii sale de intervenție accesorie în favoarea autorității contractante.

2. Contestația formulată de asocieria ... - ... - ... este nefondată

Intervenientul arată că oferta depusă de asocieria contestatoare a fost exclusă din procedura de atribuire în baza art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, iar aceasta contestă eliminarea sa din competiția pentru atribuirea contractului de achiziție publică, susținând că:

(i) autoritatea contractantă a interpretat și a aplicat greșit soluția pronunțată în Dosarul nr. 1139/96/2019 al Tribunalului ...având ca obiect anularea Certificatului constatator nr. 12941/11.06.2019 emis de UAT Județul ...,

(ii) excluderea, în mod automat, fără parcurgerea procedurii de clarificare, obligatorie, prevăzută de art. 171 din Legea nr. 98/2016 este nelegală,

(iii) prin măsura excluderii a fost încălcat, în mod vădit, principiul proporționalității prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016.

Se poate însă observa că, în speță, oferta depusă de asocierea contestatoare a fost, în mod legal, exclusă în condițiile în care cu privire la ... (membru al asocierii) există un document constatator care atestă o îndeplinire defectuoasă a unui acord-cadru, document validat printr-o decizie definitivă a unei instanțe de judecată.

Astfel, documentul constatator nr. 12941/11.06.2019 emis de CONSILIUL JUDEȚEAN ...în legătură cu acordul-cadru nr. 23/17899/02.08.2017 *„Întreținere curentă și periodică - plombări și covoare bituminoase - pe drumurile județene - Județul ..., pentru perioada 2017-2020, pentru Lot nr. 1”* menționează că contractantul ... a refuzat semnarea contractului subsecvent, iar motivul refuzului a fost că operatorul economic a solicitat ajustarea prețului materialelor care nu erau prevăzute în acordul-cadru anterior menționat, care nu este legală, deoarece în acesta s-a prevăzut că prețul este ferm și nu se ajustează. Prin urmare, a fost reziliat acordul-cadru nr. 23/17899/02.08.2017, stabilindu-se totodată că prejudiciul adus autorității contractante a fost în cuantum de 591.421,23 lei cu TVA, respectiv valoarea contractului subsecvent pe care contractantul a refuzat să îl semneze.

Operatorul economic ... a contestat documentul constatator, iar prin Hotărârea nr. 1552/04.11.2019 pronunțată de Tribunalul ...în dosarul nr. 1139/96/2019 s-a reținut astfel: *„Tip soluție: Admite în parte cererea*

Soluția pe scurt: Respinge excepția lipsei calității procesuale pasive a pârâtului Consiliul Județean ..., ca neîntemeiată. Admite în parte cererea de chemare în judecată formulată de reclamanta ..., în contradictoriu cu pârâtii UAT Județul ...și Consiliul Județean ..., și în consecință, Anulează punctul 9 din documentul constatator nr. 12941 din 11.06.2019, referitor la prejudiciul adus autorității contractante, urmând a respinse celelalte petite ca neîntemeiate. Obligă pârâtul UAT Județul ...la plata sumei de 2307,50 lei cu titlu de cheltuieli de judecată. Cu drept de recurs în 10 zile de la comunicare, care se depune la Tribunalul ..., sub sancțiunea nulității.”

Prin urmare, prin decizia instanței Tribunalului ..., s-a anulat mențiunea din documentul constatator nr. 12941/11.06.2019 referitoare la prejudiciul adus autorității contractante.

Ulterior, prin Hotărârea nr. 38/22.01.2020 pronunțată de Curtea de Apel ..., s-a respins recursul declarat de ..., reținându-se astfel: *„Respinge ca nefondate recursurile declarate de reclamanta ... (cu sed.) și de pârâtii JUDEȚUL ...și CONSILIUL JUDEȚEAN ...(ambii cu sed.) împotriva Sentinței nr. 1552/4.11.2019 pronunțate de Tribunalul ..., în dosarul nr. 1139/96/2019. Definitivă.”*

Prin urmare, decizia pronunțată de instanța de fond a fost menținută, astfel încât documentul constatator nr. 12941/11.06.2019 emis de Consiliul Județean ...a rămas valabil emis, cu excepția punctului 9 referitor la prejudiciul constatat de beneficiar.

În continuare, intervenientul evocă prevederile art. 167 alin. (1) și (8) din Legea nr. 98/2016, precum și art. 144 și art. 166 alin. (2) din H.G. nr. 395/2016, pe care le citează și susține că, în condițiile în care instanța Curții de Apel Târgu ...nu a anulat documentul constatator nr. 12941/11.06.2019 emis de Consiliul Județean ..., acesta fiind valabil emis și producându-și efectele ca atare, decizia autorității contractante de a exclude oferta asocierii contestatoare, a fost legală.

Totodată, intervenientul citează din practica C.N.S.C. (decizia publicată în BO2018_7117 și BO2018_6166.

Pe de altă parte, față de susținerile contestatorului în sensul că nu a fost parcursă procedura de clarificare, obligatorie, prevăzută de art. 171 din Legea nr. 98/2016, se impune a fi observat că autoritatea contractantă nu avea nicio obligație de a mai solicita clarificări operatorului economic cu privire la existența situației de excludere sau eventuale măsuri adoptate pentru a-și demonstra credibilitatea în raport cu motivul de excludere.

Intervenientul arată că, în primul rând, autoritatea contractantă este cea care a emis documentul constatator nr. 12941/11.06.2019, așadar cunoștea în detaliu situația care a generat emiterea acelui document.

Mai mult decât atât, dispozițiile legale citate chiar de către contestator (art. 171 din Legea nr. 98/2016) nu stabilesc o obligație în sarcina autorității contractante de a solicita clarificări operatorului economic aflat într-o situație de excludere.

Astfel, prevederile legale menționează cu claritate că *„Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere”*, iar autoritatea contractantă are deplină libertate de apreciere cu privire la dovezile prezentate, în sensul excluderii sau nu din procedura de atribuire - art. 171 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

De altfel, operatorul economic în cauză nici nu ar fi putut prezenta vreo dovadă prin care să arate măsurile luate pentru a-și demonstra credibilitatea prin raportare la motivul de excludere.

Din moment ce motivul pentru care a fost emis documentul constatator nr. 12941/11.06.2019 a constat în rezilierea unui acord-cadru pentru refuzul nejustificat de a semna un contract subsecvent, sub motivația că nu este permisă ajustarea prețurilor la materiale, deși o astfel de ajustare nu era permisă conform contractului, este evident că operatorul economic nu ar fi putut să furnizeze absolut nicio dovadă care să arate că a luat măsuri pentru a-și demonstra credibilitatea.

În ciuda argumentelor prezentate de contestator în sensul că întreaga activitate a societății pentru ultimii 2 ani demonstrează seriozitatea și profesionalismul cu care își desfășoară activitatea, acestea nu pot fi în niciun caz considerate dovezi suficiente pentru a înlătura incidența motivului de excludere. Gravitatea refuzului de semnare a unui contract subsecvent pentru că beneficiarul nu a fost de acord (în mod legal și fundamentat contractual) cu ajustarea prețurilor din acordul-cadru, nu poate fi în niciun caz diminuată, de simplul fapt că operatorul economic în cauză a avut o activitate semnificativă în ultimii 2 ani.

Totodată, intervenientul apreciază că nu pot fi primite nici argumentele prezentate de contestator prin referire la practica C.N.S.C. care vizează un alt motiv de excludere, respectiv cel prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 - abatere profesională gravă, care pune în discuție integritatea operatorului economic și nici argumentele referitoare la textele de lege care se referă la interdicția participării la proceduri de atribuire.

Mai mult decât atât, asocierea contestatoare nici nu a dezvăluit existența documentului constatator nr. 12941/11.06.2019 prin completarea DUAE, această situație încadrându-se în motivul de excludere din procedură prevăzut de art. 167 lit. h) din Legea nr. 98/2016.

Prin urmare, motivele contestației sunt nefondate și, în realitate, în mod corect și legal autoritatea contractantă a exclus oferta asocierii ... - ... - ...

Concluzionând, în considerarea argumentelor menționate anterior, ... solicită C.N.S.C. admiterea cererii sale de intervenție și respingerea ca nefondată a contestației formulate de asocierea ... - ... - ... împotriva raportului procedurii nr. 7065/26.03.2020, prin care oferta depusă de aceasta a fost exclusă din procedură, și pe cale de consecință, menținerea ca temeinică și legală a comunicării rezultatului procedurii emisă de autoritatea contractantă.

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent din 16.04.2020, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 15105/21.04.2020, asocierea ... - ... - ... transmite o întâmpinare la cererea de intervenție formulată de ..., prin care arată că este de acord cu admiterea, în principiu, a cererii de intervenție și solicită respingerea acesteia ca fiind neîntemeiată, din următoarele motive:

Având în vedere că ..., ofertant declarat câștigător, are interes în a interveni în soluționarea contestației împotriva raportului procedurii, se impune admiterea în principiu a cererii de intervenție.

Însă, raportat la argumentele de fond invocate de această societate în combaterea motivelor contestației, ... apreciază că acestea sunt neîntemeiate.

Dincolo de examinarea caracterului abaterii raportat la Certificatul constatator nr. 12941/11.06.2019 emis de UAT Județul ..., contestatorul arată că problema de drept care formează obiectul contestației este dacă autoritatea contractantă avea sau nu obligația de a parcurge procedura prevăzută de art. 171 din Legea nr. 98/2016.

Ambele motive invocate de către intervenient în această privință, sunt neîntemeiate, pentru următoarele:

a) motivul invocat de intervenient, în sensul că autoritatea contractantă nu avea nicio obligație de a parcurge procedura clarificării prevăzute de art. 171 din Legea nr. 98/2016, deoarece este emitentul documentului constatator nr. 12941/11.06.2019 și „cunoștea în detaliu situația care a generat emiterea aceluia document”, nu are niciun suport legal.

Contestatorul precizează că această interpretare a intervenientului, care ar constitui o excepție de la regula parcurgerii procedurii de clarificare, nu are corespondent în legea specială și este contrară inclusiv principiului elementar de drept *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

Din moment ce legiuitorul a înțeles că această posibilitate legală de clarificare să fie acordată în orice situație, interpretarea limitativă a intervenientei este greșită.

De altfel, din argumentele formulate de către intervenient se poate deduce că a înțeles în mod greșit chiar și rolul și scopul acestei proceduri de clarificare.

Astfel, ceea ce a oferit legiuitorul operatorului economic este posibilitatea de furnizare „*de dovezi de a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere*” și nicidecum de a analiza abaterea săvârșită în trecut.

b) Interpretarea intervenientului în sensul că posibilitatea de clarificare este oferită operatorului economic fără obligația autorității contractante de a-i oferi această posibilitate este, de asemenea, neîntemeiată.

Contestatorul evocă practica judiciară, inclusiv a C.N.S.C., care este constantă, în sensul că autoritatea are obligația de a solicita clarificări operatorului economic în asemenea situații. Se invocă o decizie recentă, cea având nr. 605/C2/13.04.2020, într-o cauză exact identică în privința obiectului contestației, prin care a fost admisă contestația ... tot în contradictoriu cu UAT JUDEȚUL ..., tot pentru faptul că s-a dispus excluderea automată a societății fără parcurgerea procedurii prealabile prevăzută de art. 171 din Legea nr. 98/2016.

Pentru toate aceste motive, contestatorul solicită C.N.S.C. respingerea cererii de intervenție ca fiind neîntemeiată și anexează decizia nr. 605/C2/13.04.2020.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „Consolidare sistem rutier ..., județul ...km 13+100 – 21+200”, cod CPV 45233000-9 – Lucrări de construcții, de fundație și de îmbrăcare a autostrăzilor și a drumurilor (Rev.2), prin publicarea în S.E.A.P. a anunțului de participare nr. ...

Conform anunțului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț”, iar valoarea estimată a contractului de lucrări este de 25.383.853,54 lei, fără TVA.

Prin procesul-verbal nr. 30138/17.12.2019 al ședinței de vizualizare a ofertelor, s-a consemnat faptul că 2 operatori economici au depus oferte, unul dintre aceștia fiind ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... – ..., contestatorul din prezenta cauză.

Conform raportului procedurii nr. 7065/26.03.2020, oferta ... a fost declarată câștigătoare, cu o propunere financiară de 25.344.409,93 lei, fără TVA.

Procedând la analiza cauzei, Consiliul constată că aceasta vizează rezultatul procedurii de achiziție publică, fiind formulate critici cu privire la excluderea din cadrul procedurii de atribuire a ofertei depuse de către ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... – ...

Consiliul are în vedere că după depunerea contestației de către ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... – ..., a formulat cerere de intervenție

accesorie ..., prin care a solicitat admiterea acesteia, respingerea contestației formulată de către ..., în calitate de lider al asocierii ... - ... - ... și menținerea ca temeinică și legală a comunicării rezultatului procedurii emisă de autoritatea contractantă.

Cu privire la admiterea în principiu a cererii de intervenție voluntară accesorie formulată de ..., având în vedere faptul că interesul acestui ofertant, este evident, ofertantul intervenient urmărind conservarea dreptului de câștigător al procedurii, Consiliul o va admite în principiu și, în condițiile în care intervenția vizează modul în care au fost evaluate ofertele de către ..., o califică drept cerere de intervenție în interesul autorității contractante, în conformitate cu prevederile art. 61 alin. (3) din Codul de Procedură Civilă.

Analizând motivul de respingere a ofertei prezentată de Asocieria ... - ... - ..., reținut de autoritatea contractantă, prin raportare la prevederile documentației de atribuire, la prevederile legale aplicabile în materia achizițiilor publice și la susținerile părților, Consiliul constată că, în mod corect, comisia de evaluare a procedat la respingerea respectivei oferte, pentru considerentele prezentate în cele ce urmează.

Astfel, Consiliul constată că membrii comisiei de evaluare au avut în vedere faptul că urmare a derulării, anterior, de către ... (*membru al asocierii ofertante în prezenta procedură de atribuire*), a unui acord cadru, a fost emis documentul constatator nr. 12941/11.06.2019 de către CONSILIUL JUDEȚEAN ... în legătură cu acordul-cadru nr. 23/17899/02.08.2017, având ca obiect „*Întreținere curentă și periodică - plombări și covoare bituminoase - pe drumurile județene - Județul ..., pentru perioada 2017-2020, pentru Lot nr. 1*”, pentru faptul că ... a refuzat semnarea contractului subsecvent, motivul refuzului fiind acela că operatorul economic a solicitat *ajustarea prețului materialelor care nu erau prevăzute în acordul-cadru anterior menționat*, aspect apreciat nelegal de autoritatea contractantă, în condițiile în care în acordul-cadru respectiv s-a prevăzut că *prețul este ferm și nu se ajustează*. Prin urmare, a fost reziliat acordul-cadru nr. 23/17899/02.08.2017, stabilindu-se totodată că prejudiciul adus autorității contractante a fost în cuantum de 591.421,23 lei cu TVA, respectiv valoarea contractului subsecvent pe care contractantul a refuzat să îl semneze.

Astfel, din cele menționate anterior și din cuprinsul documentului constatator nr. 12941/11.06.2019, rezultă că ... nu și-a îndeplinit în mod corespunzător obligațiile contractuale, fapt ce a condus la rezilierea acordului cadru nr. 23/17899/02.08.2017, având ca obiect „*Întreținere curentă și periodică - plombări și covoare bituminoase - pe drumurile județene - Județul ..., pentru perioada 2017-2020, pentru Lot nr. 1*” și a contractului subsecvent și la crearea de prejudicii autorității contractante, emitentă a documentului constatator, prejudiciu stabilit de CONSILIUL JUDEȚEAN ... ca fiind în cuantum de 591.421,23 lei cu TVA, respectiv valoarea contractului subsecvent pe care contractantul a refuzat să îl semneze, fapt ce se încadrează în prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 potrivit căroră „*Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: (...) g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a*

respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile”, în condițiile în care la alin. (8) al aceluiași articol se precizează că „În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. g) se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprie utilizării conform destinației prevăzute în contract”.

În soluționare se reține faptul că ... a contestat documentul constatator, în dosarul nr. 1139/96/2019, Tribunalul ...pronunțând Hotărârea nr. 1552/04.11.2019, conform căreia: „*Tip soluție: Admite în parte cererea*

Soluția pe scurt: Respinge excepția lipsei calității procesuale pasive a pârâtului Consiliul Județean ..., ca neîntemeiată. Admite în parte cererea de chemare în judecată formulată de reclamanta ..., în contradictoriu cu pârâții UAT Județul ...și Consiliul Județean ..., și în consecință, Anulează punctul 9 din documentul constatator nr. 12941 din 11.06.2019, referitor la prejudiciul adus autorității contractante, urmând a respinse celelalte petite ca neîntemeiate. Obligă pârâtul UAT Județul ...la plata sumei de 2307,50 lei cu titlu de cheltuieli de judecată. Cu drept de recurs în 10 zile de la comunicare, care se depune la Tribunalul ..., sub sancțiunea nulității.”

Așadar, prin decizia Tribunalului ..., s-a anulat mențiunea din documentul constatator nr. 12941/11.06.2019 referitoare la *prejudiciul adus autorității contractante*.

Totodată, prin Hotărârea nr. 38/22.01.2020 pronunțată de Curtea de Apel ..., s-a respins recursul declarat de ..., reținându-se faptul că: „*Respinge ca nefondate recursurile declarate de reclamanta ... (cu sed.) și de pârâții JUDEȚUL ...și CONSILIUL JUDEȚEAN ...(ambii cu sed.) împotriva Sentinței nr. 1552/4.11.2019 pronunțate de Tribunalul ..., în dosarul nr. 1139/96/2019. Definitivă*”, fiind menținută, așadar, decizia pronunțată de instanța de fond, astfel încât documentul constatator nr. 12941/11.06.2019 emis de Consiliul Județean ...a rămas valabil emis, cu excepția punctului 9 referitor la prejudiciul constat de beneficiar.

Raportat la cele menționate anterior, din care reiese fără putere de tăgadă că documentul constatator nr. 12941/11.06.2019, emis de către CONSILIUL JUDEȚEAN ..., în legătură cu acordul-cadru nr. 23/17899/02.08.2017, având ca obiect „*Întreținere curentă și periodică - plombări și covoare bituminoase - pe drumurile județene - Județul ..., pentru perioada 2017-2020, pentru Lot nr. 1*”, pentru faptul că ... a refuzat semnarea contractului subsecvent, a fost menținut de instanța de judecată, așadar fiind valabil, Consiliul constată incidența, fără niciun dubiu, a dispozițiilor art. 167 alin (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, citate anterior în considerente, aplicarea acestora de către autoritatea contractantă, în referire la oferta asocierii contestatoare, fiind corectă și legală.

Sub acest aspect, susținerile contestatorului conform cărora „*autoritatea contractantă a interpretat și a aplicat în mod greșit soluția pronunțată în cadrul Dosarului nr. 1139/96/2019 al Tribunalului ..., având ca obiect anularea Certificatului constatator nr. 12941/11.06.2019 emis de UAT Județul ...*” sunt nefondate, urmând a fi respinse.

În ceea ce privește aspectele, detaliate de contestator, legate de faptul că documentul constatator negativ-singurul emis pe seama ... (membru al asocierii ofertante)-trebuia interpretat și din prisma întregului acord-cadru nr. 23/17899/02.08.2017, ..., în calitate de lider al asocierii ... - ... - ... susținând că „*pe baza acestui acord-cadru au fost încheiate, în urma îndeplinirii în*

mod corespunzător a obligațiilor stabilite în 7 contracte subsecvente, 7 procese-verbale de recepție la terminarea lucrărilor, fără nici o obiecțiune din partea autorității contractante. Astfel, nesemnarea unui singur contract subsecvent, în cadrul acestui acord-cadru, chiar dacă există acel Certificat constatator cu conținut negativ și implicit hotărârile judecătorești aferente, nu trebuie luat și interpretat în mod izolat de către autoritatea contractantă”, Consiliul nu se poate pronunța cu privire la modul de derulare a acordului-cadru nr. 23/17899/02.08.2017, având ca obiect „Întreținere curentă și periodică - plombări și covoare bituminoase - pe drumurile județene - Județul ..., pentru perioada 2017-2020, pentru Lot nr. 1” și la legalitatea documentului constatator, competența în acest caz aparținând instanței de judecată (care, de altfel, s-a și pronunțat), iar nu Consiliului care se limitează, în baza competenței sale materiale, doar la analiza motivelor care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei prezentate de asocierea ofertantă în cadrul prezentei proceduri de atribuire.

De asemenea, Consiliul nu poate face nici aprecieri legate de aspectele prezentate de contestator în referire la caracterizarea activității și profesionalismului ..., din prisma criteriilor de calificare și selecție, atunci când acesta susține că, pe baza unui singur certificat constatator negativ nu se poate determina activitatea acestui operator economic, în condițiile în care chiar și la nivelul aceleiași autorități contractante, implicit pe baza aceluiași acord-cadru, au fost derulate și finalizate, fără obiecțiuni, numeroase lucrări.

În consecință, ținând seama de cele menționate anterior, Consiliul constată că, în mod legal, autoritatea contractantă a făcut aplicarea prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, și a exclus din procedură oferta asocierii ... – ... – ...

În ceea ce privește susținerea contestatorului ..., lider al asocierii, conform căreia excluderea, în mod automat, a ofertei asocierii, fără parcurgerea procedurii de clarificare, obligatorie, prevăzută de art. 171 din Legea nr. 98/2016, este nelegală, Consiliul are în vedere că, în cadrul procedurii de atribuire în cauză, autoritatea contractantă nu a considerat necesar să facă aplicarea prevederilor art. 171 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, care permit operatorilor economici aflați în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire să furnizeze dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

Lipsa acestui demers al autorității contractante nu poate fi considerat ca o nerespectare a vreunei obligații legale, cum eronat susține contestatorul, ci, în speță, fiind vorba despre un document constatator emis de însăși autoritatea contractantă, motivat de refuzul ... de a semna un contract subsecvent, solicitarea de clarificări în temeiul art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, nu ar fi avut nicio eficiență juridică, ci doar o prelungire a procedurii de atribuire.

În acest sens, Consiliul reține ca fiind relevante în soluționare prevederile art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 potrivit cărora „Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 le poate furniza autorității contractante, în sensul prevederilor alin. (1), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită,

clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația, și la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite”.

Raportat la textul legal citat anterior și, în mod concret, la motivul de excludere, consemnat în documentul constatator nr. 12941/11.06.2019, emis de către CONSILIUL JUDEȚEAN ..., în legătură cu acordul-cadru nr. 23/17899/02.08.2017, având ca obiect „Întreținere curentă și periodică - plombări și covoare bituminoase - pe drumurile județene - Județul ..., pentru perioada 2017-2020, pentru Lot nr. 1” , și anume faptul că ... **a refuzat** semnarea contractului subsecvent, Consiliul are în vedere că, înșăși contestatorul, în susținerea acestei cereri, de a obliga autoritatea contractantă să-i solicite clarificări, nu vine cu argumente legale și pertinente, ci se rezumă să afirme că autoritatea contractantă „nu a solicitat nicio clarificare și nu i-a acordat ... posibilitatea de a furniza dovezi pentru demonstrarea credibilității sale, conform art. 171 din Legea nr. 98/2016. În pofida faptului că există acel precedent cu privire la ..., din moment ce acestei societăți nu i s-a interzis, prin hotărâre judecătorească de a participa la proceduri de achiziții publice, autoritatea contractantă, în raport cu toate experiențele și documentele avute la dispoziție, trebuia să analizeze în mod obiectiv dacă într-adevăr măsura excluderii de la proceduri este justificată.”

Or, solicitarea de clarificări în baza art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, se referă la dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 le poate furniza autorității contractante, în sensul prevederilor alin. (1), iar nu la *experiența profesională* a operatorului economic sau la *demonstrarea credibilității sale*.

Mai mult, în soluționare Consiliul va reține, ca fiind pertinente atât susținerile autorității contractante, exprimate în cadrul punctului de vedere nr. 8146/10.04.2020, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 14082/10.04.2020, conform căroră „În această speță, luând în considerare faptul că, motivul excluderii a fost refuzul de a semna contractul subsecvent, ofertantul nu mai putea lua măsuri ulterioare pentru remedierea acestora, în sensul art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare. Autoritatea contractantă fiind emitentul actului pe care se bazează excluderea ofertantului, acesta nu putea furniza nicio astfel de dovadă, de care autoritatea contractantă să nu aibă cunoștință”, cât și cele ale intervenientului ... care, în cererea de intervenție înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 14560/14.04.2020, susține că „De altfel, operatorul economic în cauză nici nu ar fi putut prezenta vreo dovadă prin care să arate măsurile luate pentru a-și demonstra credibilitatea prin raportare la motivul de excludere. Din moment ce motivul pentru care a fost emis documentul constatator nr. 12941/11.06.2019 a constat în rezilierea unui acord-cadru pentru refuzul nejustificat de a semna un contract subsecvent, sub motivația că nu este permisă ajustarea prețurilor la materiale, deși o astfel de ajustare nu era permisă conform contractului, este

evident că operatorul economic nu ar fi putut să furnizeze absolut nicio dovadă care să arate că a luat măsuri pentru a-și demonstra credibilitatea”.

În ceea ce privește criticile contestatorului conform cărora, ulterior rezilierii acordului-cadru, autoritatea contractantă a încheiat un alt contract la un preț ridicat, încălcând în mod vădit principiul elementar al achizițiilor publice, cel al proporționalității, prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016, Consiliul le respinge, ca inadmisibile, în condițiile în care investiția Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, prin prezenta contestație, vizează procedura de atribuire aferentă anunțului de participare nr. ..., iar nu alte proceduri de atribuire derulate de autoritatea contractantă, Consiliul neputând efectua verificarea susținerilor ..., în calitate de lider al asocierii ... - ... - ...

Prin urmare, pentru toate considerentele anterioare, Consiliul constată că, în mod corect, membrii comisiei de evaluare au apreciat că asocierea în cauză se încadrează în cazurile de excludere prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, motiv pentru care respinge criticile formulate sub acest aspect.

Acestea fiind, în contextul de fapt și de drept anterior expus, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul respinge, ca nefondată, contestația formulată de către ..., în calitate de lider al asocierii ... - ... - ..., în contradictoriu cu JUDEȚUL ...(CONSILIUL JUDEȚEAN

Pe cale de consecință, dată fiind soluția pronunțată pe fondul cauzei, Consiliul admite cererea de intervenție voluntară accesorie formulată de către ..., cu privire la contestația nr. 39/03.04.2020 formulată de către ..., în calitate de lider al asocierii ... - ... - ...

Referitor la cererea adresată de către ..., în calitate de lider al asocierii ... - ... - ..., de obligare a CONSILIULUI JUDEȚEAN ...la plata cheltuielilor ocazionate cu soluționarea contestației (fiind depuse la dosarul cauzei factura seria B nr. 5316/03.04.2020 emisă de către „... S.C.A.”, reprezentând „*onorar avocat conf. contr. 34/2020*” și dovada achitării sumei respective prin OP nr. PD27228670 din data de 14.04.2020, emis de către ... Romania), în valoare de 5.950 Ron, constatând, pe de-o parte, faptul că, în susținerea cererii sale, ... nu argumentează în ce măsură demersul juridic efectuat de către autoritatea contractantă i-a cauzat prejudicii majore, care să o determine să solicite cheltuieli de judecată, iar, pe de altă parte, luând în considerare faptul că susținerile contestatorului legate de presupusul caracter nelegal al deciziei de respingere a ofertei sale, s-au dovedit nefondate și nelegale, Consiliul respinge cererea formulată în acest sens, ca neîntemeiată.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge contestația formulată de către ..., în calitate de lider al asocierii ... - ... - ..., cu sediul în ..., județul ..., reprezentată prin SCA ..., cu

adresa de comunicare a actelor de procedură în ..., județul ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ..., județul ..., ca nefondată.

Admite cererea de intervenție voluntară accesorie formulată de către ..., cu sediul în ..., cu privire la contestația nr. 39/03.04.2020 formulată de către ..., în calitate de lider al asocierii ... - ... - ...

Respinge cererea formulată de către ..., în calitate de lider al asocierii ... - ... - ..., privind obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate cu soluționarea contestației, ca neîntemeiată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactat practica Deciziei,
Consilier ...

Redactat în 5 (cinci) exemplare originale, conține 20 (douăzeci) pagini.