C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr.6 Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +4 021 8900745 mail: office@cnsc.ro www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. ...../...../.....
Data: 12.04.....

Prin contestația nr. ...../..... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de .... SRL – ....., reprezentată prin Liderul de Asociere ..... SRL, cu sediul în ....., nr. ....., ..., ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr....., având CUI RO ....., reprezentată legal de ....., împotriva adresei nr. ..... emisă de ..... SA, cu sediul B-dul Dinicu Golescu, nr. 38, sector1, ..., în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: ....., s-a solicitat:

- anularea adresei nr. ....., prin care oferta depusă de .... SRL a fost exclusă din procedură, conform art. 2 din Legea nr. 101/2016,
- reintroducerea ofertei depuse de Liderul de Asociere ..... SRL în procesul de evaluare și evaluarea ei.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

Contestatorul menționează că în data de 18.01....., autoritatea contractantă transmite invitația de participare nr. 92/4013, împreună cu documentația de atribuire, prin care îl invită la depunerea ofertei pentru achiziționarea de noi servicii de supervizare pentru perioada de execuție a lucrărilor aferenta contractului nr..... „Proiectare și ....., lot, km ..... - km ..... +.....”, cu termen limită de depunere a ofertei în data de 25.01....., ora 12:00, termen decalat la data de 29.01....., ora

13:00, conform răspunsului la solicitarea de clarificări transmisă de contestator.

În urma depunerii ofertei, în termenul prevăzut mai sus, contestatorul primește în data de 09.02....., din partea autorității contractante solicitarea de clarificări nr. .....02....., prin care i se solicită să clarifice încadrarea/neîncadrarea în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (.....) lit. g) din Legea nr. 98/2016 în ceea ce privește existența documentului constatator nr. .....și totodată, prezentarea de documente edificatoare prin care să demonstreze concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere prevăzute la art. 167 alin. (.....) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Contestatorul prin adresa nr. 14/14.02....., transmite către autoritatea contractantă, în termen, răspunsul nr. .....02....., împreună cu documentele justificative din care reiese neîncadrarea în situația de excludere prevăzută la art. 167. alin (.....) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Urmare răspunsului trimis, prin adresa nr. ..... autoritatea contractantă constantă că contestatorul nu a prezentat justificări suficiente în ceea ce privește documentul constatator și exclude oferta depusă e contestator.

Referitor la documentul constatator, contestatorul consideră că acesta nu reflectă realitatea juridică și scriptică a desfășurării evenimentelor în cadrul contractului aferent revizuirii/actualizării studiului de fezabilitate pentru Autostrada Sibiu - Pitești, aspect care este, de altfel, deferit deja instanțelor competente pentru soluționare.

Astfel, contractul pentru revizuirea/actualizarea studiului de fezabilitate pentru Autostrada Sibiu - Pitești se supune prevederilor OUG nr. 34/2006, fapt ce atrage aplicabilitatea incidența a prevederilor art. 971 ale HG nr. 925/2006, alin (5), în speță: „Documentele constatatoare emise de către autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile alin. (.....) pot fi contestate în justiție potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările ulterioare”.

Invocând prevederile legale incidente, art. 97^{1} și următoarele din HG nr. 925/2006, art. 2 și art. 181 din OUG nr. 34/2006, art. 7 din Legea nr. 554/2004, art. 14, 15 din Legea nr. 101/2016, art. 1170, art. 1221, art. 1268, art. 1271 și art. 1272 Cod Civil, contestatorul susține că a întreprins, ulterior emiterii documentului constatator, următoarele acțiuni:

..... Cerere de chemare în judecată pentru obligarea autorității contractante la plata profitului nerealizat de către contestator făcând obiectul dosarului nr. 35134/3/2017 aflat pe rolul Tribunalului ..... (Anexă la prezenta).

2. Plângere prealabilă împotriva documentului constatator înregistrată la autoritatea contractantă, menționând că nici până la această dată autoritatea contractantă nu a răspuns.

3. Cerere de chemare în judecata aflată pe rolul Tribunalului ..... cu numărul 5395/3/18 din data de 16.02..... prin care se solicită instanței ca prin hotărârea ce o va pronunța, să dispună după cum urmează (Anexă la prezenta):

(i) obligarea autorității contractante la plata sumei de 8.987.970,69 lei, reprezentând contravaloarea facturilor emise și neachitate, reprezentând studiile de fezabilitate predate pentru secțiunile ....., 4 și 5 ale Autostrăzii Sibiu - Pitești în baza Contractului de Servicii pentru «Revizuire/Actualizare Studiu de Fezabilitate pentru „Autostrada Sibiu – Pitești" nr. 92/40064/2015»

(ii) obligarea autorității contractante la plata sumei de 5.356.738,39 lei, reprezentând contravaloarea serviciilor prestate și nefacturate de către JV pentru realizarea studiului de fezabilitate aferent secțiunilor ....., 4 și 5 al Autostrăzii Sibiu - Pitești;

(iii) obligarea autorității contractante la plata sumei de 447.492,21 lei reprezentând serviciile (topografie, arheologie, mediu, investigații geotehnice) realizate de către contestator pentru secțiunile 2, 3 și 6 ale Autostrăzii Sibiu - Pitești;

(iv) obligarea autorității contractante la plata dobânzii contractuale aferentă pretențiilor petitelor .....-3, calculata (i) pentru petitul prim începând cu data scadentei facturilor emise (11.10.2017) și până la data de 15.02..... (data introducerii acțiunii), dobânda aceasta fiind egală cu suma de 304.913,03 Lei, iar (ii) în continuare, pentru fiecare zi de întârziere în plata debitului principal total al primelor 3 capete de cerere, dobânda contractuală este de 3.951,34 Lei/zi și urmează a fi calculată de la data introducerii acțiunii (15.02.....) și până la plata debitului principal corespunzător acestor petite;

(v) obligarea autorității contractante la plata sumei de 5.678.539,73 lei, reprezentând contravaloarea lucrărilor executate de către contestator suplimentar față de serviciile pentru care s-a emis oferta sa financiară, precum și obligarea la plata dobânzii legale penalizatoare în sumă de .....516.87 lei/zi, calculată de la data introducerii acțiunii și până la data achitării debitului principal aferente acestui capăt de cerere, conform dispozițiilor de la art. 3 alin. (21) din Ordonanța de Guvern nr. 13/2011 privind dobânda legală remuneratorie și penalizatoare pentru obligații bănești, precum și pentru reglementarea unor măsuri financiar-fiscale în domeniul bancar;

(vi) constatarea inexistenței dreptului autorității contractante la penalitățile de întârziere solicitate contestatorului și în consecință să dispună:

- obligarea autorității contractante la plata sumei de 332.947,53 Lei reprezentând penalitățile de întârziere însușite de către autoritatea contractantă prin executarea scrisorii de garanție bancară de avans și calculate asupra avansului acordat contestatorului, precum și obligarea autorității contractante la plata dobânzii legale penalizatoare de 88,93 lei/ zi, începând de la data introducerii acțiunii și până la momentul efectuării plății sumei de 332.947,53 lei conform art. 3 alin (21) din OG nr. 13/2011; - obligarea autorității contractante la plata sumei de 2.907.530,89 lei reprezentând penalitățile de întârziere solicitate nelegal prin utilizarea scrisorii de garanție de bună execuție;

(vii) suspendarea provizorie a efectelor documentului constatator nr. 64898, emis de către autoritatea contractantă în data de 30.08.2017, până la soluționarea definitiva și irevocabilă a cauzei;

(viii) anularea documentul constatator,

- fie pe cale de excepție ca urmare a constatării ca tardivă a emiterii documentului constatator privind pretinsa nerespectare de către contestator a termenelor de livrare a studiilor de fezabilitate aferente secțiunilor ....., 4 și 5 ale autostrăzii (pct. 8 litera b) din documentul constatator), actul fiind prin urmare lovit de nulitate absolută parțială în ceea ce privește mențiunile privind culpa contestatorului în elaborarea studiilor de fezabilitate,
- fie pe fond anularea actul ca fiind nelegal emis, în sensul că nu există culpă a contestatorului în îndeplinirea obligațiilor;

(ix) obligarea autorității contractante la plata sumei de .....000 Lei, reprezentând daunele morale pentru prejudiciul de imagine suferit ca urmare a prezentării în spațiul public a contestatorului drept entitate culpabilă în executarea contractului.

Contestatorul reține următoarele considerente ce au fundamentat acțiunile sus-menționate și au fundamentat cererea de chemare în judecată cu numărul 5395/3/18 din data de 16.02.....:

Ulterior perfectării contractului de revizuire/actualizare a studiului de fezabilitate pentru Autostrada Sibiu - Pitești au intervenit o serie de modificări ale condițiilor asumate de către contestator prin semnarea contractului, modificări pe care contestatorul nu putea să le prevadă la momentul semnării contractului

Contestatorul susține că nu și-a asumat riscuri pe care nu le putea cunoaște, estima, controla etc, acesta susținând că a încercat în multiple

rânduri, imediat ce a sesizat problemele, să repună autoritatea contractantă într-un cadru contractual corect și echitabil pentru toate părțile implicate.

Referitor la cele semnalate de autoritatea contractantă prin documentul constatator, contestatorul face următoarele clarificări:

(i) Referitor la faptul că „au existat întârzieri în predarea studiilor de fezabilitate aferente secțiunilor ....., 4 și 5, iar aceasta situație este imputabilă Asocierii", contestatorul menționează că prelungirea termenului de predare al studiilor de fezabilitate pentru secțiunile ..... și 5 nu a fost cauzată de culpa lui, ci de considerente aflate dincolo de controlul și responsabilitatea sa. Aceste aspecte au fost confirmate de autoritatea contractantă prin scrisoarea nr. 72923/ 08.12.2016. Conformitatea studiilor aferente secțiunilor ..... și 5 este atestată de faptul că în prezent, autoritatea contractantă este în perioada de evaluare a ofertelor depuse pentru procedurile de proiectare și execuție a acestor secțiuni, chiar dacă serviciile de elaborare a documentației studiu de fezabilitate ce stă la baza documentației de atribuire aferentă nu au fost achitate.

(ii) Referitor la afirmațiile cum că „documentele livrate pentru secțiunea 4 au fost incomplete și prezintă erori", contestatorul consideră că susținerea referitor la documentele pentru secțiunea 4 nu poate fi probată prin raport la prevederile contractului de servicii. Contestatorul susține că studiul de fezabilitate pentru secțiunea 4 a fost înaintat în data de 29.07.2017, iar autoritatea contractantă nu și-a exercitat prerogativa de dezaprobare în interiorul prevederilor art. 26.2 al contractului, conform căruia: „Beneficiarul, în termen de 20 de zile de la primirea rapoartelor sau documentelor menționate în Anexa .....- Caietul de Sarcini, va notifica prestatorului decizia sa [.,.]. În cazul lipsei notificării în termen se consideră că rapoartele au sau documentele sunt aprobate de beneficiar".

(iii) În ceea ce privește susținerea din documentul constatator conform căreia *„pentru secțiunile 2, 3, 4 și 6 nu s-au întocmit/predat niciun fel de documente în conformitate cu prevederile asumate prin Contractul de servicii*" contestatorul consideră că este nereală atâta timp cât situația studiului de fezabilitate al secțiunii 4 a fost lămurită în cadrul capitolului anterior, fiind important de evidențiat că, până la data prezentei, serviciile de elaborare a acestui studiu nu au fost achitate de către autoritatea contractant. Referitor la legătura cu secțiunile 2, 3 și 6 situația este incorecta deoarece autoritatea a recepționat documente (fără a prezenta critici sau comentarii susceptibile a fi asimilate unui refuz al cantității și/ sau calității documentelor livrate, rezultând prin urmare a fi aprobate tacit conform art. 26.2 din Contract, respectiv:

- prin adresa contestatorului nr. 725/ 14.06.2017 s-au livrat studii arheologice pentru secțiunea 6;

- prin adresa contestatorului nr. 876/ 16.08.2017 s-au livrat studii topografice pentru secțiunile 2, 3 și 6. Contestatorul menționează că referitor la posibilitatea efectivă, de executare a studiului de fezabilitate pentru secțiunile 2 și 3 în temenele contractuale agreate inițial, executarea a fost blocată în perioada 14.02.2017 - 30.06.2017 ca urmare a solicitării Consiliul Județean Vâlcea de elaborare a PUZ-ului, astfel cum s-a impus prin Certificatul de Urbanism nr. 10/1045/14.02.2017. Aceasta situație a condus la amânarea inițierii procedurii de obținere a acordului de mediu, până la clarificarea chestiunii privind PUZ, respectiv, până la 30 iunie 2017. Contestatorul consideră că acest eveniment a fost decisiv în procesul de elaborare a studiilor de fezabilitate finale asupra secțiunilor 2 și 3, deoarece până la elaborarea și aprobarea PUZ (respectiv, adoptarea unei clarificări cu privire la acesta) nu putea fi determinat în mod definitiv traseul pe care contestatorul ar fi trebuit să realizeze investigațiile geotehnice.

În ceea ce privește elaborarea studiului de fezabilitate aferent secțiunii 6 contestatorul menționează că autoritatea contractantă a aprobat reabilitarea/modernizarea DN73C în data de 09.06.2016, prin avizul CTE-..... nr. 4540, această activitate nefăcând obiectul contractului (Anexa 5 cerințe speciale - Caiet de Sarcini - pct. 5 „Prestatorul va pregăti un set complet al studiului de fezabilitate secțiunea ..... Sibiu-Boița [...] secțiunea 5 Curtea de Argeș-Pitești. O a șasea secțiune DN73C Tigveni - Râmnicu Vâlcea va fi adăugată listei de mai sus, în funcție de rezultatele studiului de trafic și analizei cost-beneficiu și în funcție de decizia finală a .....").

(iv) Referitor la afirmația autorității contractante din documentul constatator conform căruia *„în consecința culpei anterior prezentate de către ..... s-a emis factura de penalități transmisă prin adresa nr. .....08.2017*" contestatorul menționează că până la data ajungerii la termen a contractului, nu a fost operat niciun amendament care să conducă la includerea acestei activități și costurile asociate ei în cadrul obiectului contractului, în pofida solicitărilor contestatorului privind adaptarea contractului noilor rigori și condiții, astfel încât să existe reglementată (nu doar la nivel formal) o completare a obiectului contractului și o contraprestație a acestui serviciu suplimentar.

Contestatorul consideră că temeinicia facturii de penalități este indisolubil legată de veridicitatea primelor trei susțineri. Pe cale de consecință, acesta crede că nu se poate admite îndreptățirea beneficiarului la un astfel de demers.

Contestatorul invocă art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016, art. 167 alin. (.....) lit. g) din Lege, coroborat cu art. 167, alin. (8), considerând că trebuie îndeplinite cumulativ condițiile menționate mai sus pentru ca operatorul economic să fie exclus din procedură.

Pe cale de consecință, contestatorul susține că problema neexecutării contractului nu se poate aplica în cazul de față întrucât contractul încheiat între autoritatea contractantă în calitate de beneficiar și contestator nu a fost reziliat la inițiativa beneficiarului, ci a încetat prin ajungere la termen.

În privința neexecutării contractului, beneficiarul a avut la dispoziție, în cadrul contractului de servicii, numeroase considerente pentru care ar fi putut rezilia contractul în ipoteza unei încălcări din partea contestatorului. Faptul că autoritatea contractantă nu a ales acest mijloc de sancționare denotă faptul că contestatorul nu și-a încălcat obligațiile contractuale și că serviciile prestate s-au ridicat la standardele autorității contractante.

Pe cale de consecință, excluderea contestatorului înainte de soluționarea legală a cauzei ar echivala atât cu un abuz din partea autorității contractante, cât și cu o periclitare cu bună știință a desfășurării contractului de proiectare și execuție pentru care sunt prestate serviciile de supervizare în speță.

Referitor la organizarea procedurii de atribuire constând în negocierea fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare în data de 18.01....., contestatorul susține că autoritatea contractantă i-a transmis invitația de participare nr. 92/4013, împreună cu documentația de atribuire, prin care îl invita la depunerea ofertei pentru achiziționarea de noi servicii de supervizare pentru perioada de execuție a lucrărilor aferentă contractului nr. .....04.2014 „Proiectare și ....., lot, km 53+700 - km .....+000”, cu termen limită de depunere a ofertei în data de 25.01....., ora 12:00, termen decalat la data de 29.01....., ora 13:00, conform răspunsului la solicitarea de clarificări transmis de contestator.

Contestatorul menționează că în cadrul invitației de participare nr. 92/4013, la depunerea ofertei, în calitate de ofertant unic, în cadrul procedurii sus-menționate autoritatea contractantă invocă art. 104 alin. (8) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, dar tot aceeași autoritate contractantă a emis documentul constatator nr. 92/64898/ 30.08.2017.

Conform prevederilor documentației de atribuire, contestatorul trebuia să prezinte formularul 1C [Declarație privind neîncadrarea în situațiile de excludere prevăzute la art. 167 din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare], cu mențiunea că *„Autoritatea contractantă va exclude operatorul economic în orice moment al procedurii de atribuire în care ia la cunoștință că operatorul economic se afla, având în vedere acțiunile sau inacțiunile săvârșite înainte sau în*

cursul procedurii, în una dintre situațiile prevăzute art. 164, 165 și 167 de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire".

Contestatorul consideră că, dat fiind faptul că autoritatea contractantă avea la cunoștința de existența documentului constatator nr. ....., fiind chiar emitentul documentului, nu se poate susține nicidecum teza conform căreia aceasta a luat la cunoștință de existența documentului constatator „*în orice moment al procedurii de atribuire*", aceasta având cunoștință de acest document încă din luna august a anului 2017, ceea ce pune în discuție considerentele pentru care aceasta i-a transmis invitația de participare, având în același timp, alte tipuri de proceduri la dispoziție.

Contestatorul susține că speța de față se încadrează de fapt în prevederile art. 7 al Legii nr. 98/2016, alin. (.....) și prin urmare, autoritatea contractantă, știind de existenta documentului constatator emis de ea însăși pentru contractul „Revizuire/actualizare studiu de fezabilitate pentru Autostrada Sibiu – Pitești", ar fi avut la dispoziție celelalte proceduri aplicabile conform Legii nr. 98/2016.

Totodată, acesta consideră că nu se poate susține faptul că autoritatea contractantă nu avea la cunoștință de punctul de vedere al contestatorului în legătură cu emiterea documentului constatator nr. 92/ 64898/30.08.2017 în măsura în care exista deja, încă din data de 27.09.2017 o plângere prealabilă înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 92/74033/27.09.2017, această plângere fiind redactată în temeiul art. 7 a Legii nr. 554/2004.

În ceea ce privește temeinicia excluderii contestatorului din cadrul procedurii în cauză, contestatorul consideră că documentul constatator reprezintă un act administrativ unilateral care a fost contestat în temeiul art. 7 al Legii 554/2004, prin urmare la data primirii invitației de participare nr. 92/4013, respectiv 18.01....., documentul constatator era deja contestat încă din data de 27.09.2017. Invocând prevederile art. 166 alin. (5) din HG nr. 395/2016, contestatorul consideră că în absența unei hotărâri definitive a instanțelor competente cu privire la legalitatea celor înscrise de către autoritatea contractantă în documentul constatator, autoritatea contractantă a considerat la rândul său că poate recurge la o procedură de tipul negocierii fără publicare prealabilă.

Prin urmare, contestatorul consideră că în lipsa unei decizii definitive a unei instanțe competente, nu se poate accepta teza conform căreia autoritatea contractantă poate exclude din proceduri operatori economici numai pe baza aprecierilor sale arbitrare. Dacă acesta ar fi reprezentat modul de abordare gândit de legiuitor, atunci acesta nu ar fi

pus la dispoziția *„persoanelor vătămate”* o cale de atac pentru contestarea actelor administrative unilaterale, printre care se numără și documentul constatator.

Prin urmare contestatorul solicită Consiliului admiterea contestației.

Prin adresa nr. 9801/.....-...../09.03....., Consiliul solicită autorității contractante transmiterea dosarului achiziției și documentele de calificare ale contestatorului; dovada respectării prevederilor art. 16 alin. (2) și art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016 iar, în situația în care a adoptat vreo măsură de remediere după primirea contestației transmiterea dovezii respectării prevederile art. 9 alin. (.....) din Legea nr. 101/2016.

Autoritatea contractantă răspunde solicitării și, prin adresa nr. 16430/13.03....., înregistrată la CNSC cu nr. 10054 transmite documentele solicitate.

Prin adresa nr. 21258/27.03..... înregistrată la Consiliu sub nr 12290/27.03.20108, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la această contestație.

Autoritatea contractantă susține că a transmis către Asocierea ..... SRL - ....., în data de 19.03....., împreună cu toată documentația de atribuire, invitația de participare la procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare organizată în vederea achiziției contractului «Servicii noi de supervizare pentru perioada de execuție a lucrărilor aferente contractului nr. .....04.2014 „Proiectare și ....., ...”».

Termenul limită de depunere a ofertei a fost stabilit pentru data de 25.01....., ora 12:00, termen decalat pentru data de 29.01....., ora 13:00 prin informarea privind modificarea calendarului estimativ al procedurii de atribuire, emisă urmare solicitării transmise de contestator.

În urma analizei ofertei depuse autoritatea contractantă a solicitat o serie de clarificări cu privire la documentele de calificare depuse de ofertant, printre care cele mai relevante sunt următoarele:

a) Constatând faptul că denumirea ofertantului căruia i s-a transmis invitația de participare a fost schimbat, autoritatea contractantă a solicitat ofertantului actul constitutiv și Statutul după Fuziune menționat în Procesul Verbal al Adunării Extraordinare din 12.03.2015, depus de contestator în cadrul ofertei, cât și alte documente emise de autoritățile competente (însoțite de traducere autorizată în limba română), care să demonstreze faptul că contestatorul Asociat ..... SpA din cadrul Asocierii ..... SRL - ..... SpA este același operator economic cu operatorul economic din cadrul asocierii contractului inițial, având din vedere prevederile art. 104 alin. (8) din Legea nr. 98/2016, în baza cărora a fost

demarată prezenta procedură, care specifică explicit că atribuirea se va face contractantului inițial.

În urma efectuării analizei documentelor transmise pentru operatorul economic ..... SpA, cât și a Certificatului de înscriere în secțiunea ordinară din contractul nr. 92/7312/04.02.2015 *„..... - Turda, lot 4*" aferent autoritatea contractantă a constatat faptul că codul fiscal și numărul de înmatriculare la Registrul Comerțului, respectiv 00747280154, cât și data constituirii operatului economic, respectiv 19/12/1961, sunt identice.

În cadrul Premisei II din Actul de Fuziune nr. 18.304 (culegerea nr. 11.522) din 21.05.2015, se menționează faptul că „În conformitate cu hotărârile de fuziune indicate în premise, SPEA- .... SpA fuzionează, prin încorporarea celei de-a doua societăți în prima". Prin urmare s-a considerat că contestatorul Asociat ..... SpA din cadrul Asocierii ..... SRL - ..... SpA este același operator economic cu operatorul economic din cadrul Asocierii contractului inițial.

Cu toate că contestatorul a avut ocazia să informeze autoritatea contractantă cu privire la această modificare asupra statutului membrului asociat .....SpA, care a devenit ..... SpA, în cadrul contractului de supervizare inițial aferent autostrăzii Sebeș - Turda, lot 4, acesta a omis acest lucru. Totodată, în cursul anului 2017 a fost semnat un act adițional în cadrul contractului de servicii nr. 92/7312/04.02.2015 „....." cu Asocierea ..... SRL - .....SpA, fără nicio obiecție din partea asocierii cu privire la denumirea acesteia, având în vedere faptul că procesul de fuziune și, implicit, modificare a denumirii operatorului economic a avut loc cu mult înainte, respectiv în anul 2015.

b) Autoritatea contractantă a mai constatat că documentele justificative depuse în vederea demonstrării situației personale a ofertantului/candidatului sunt incomplete, în sensul că nu au fost depuse caziere judiciare pentru toți membrii organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al operatorului economic sau a celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia, așa cum rezultă din actul constitutiv, sau acestea nu reflectă situația actuală, fiind emise cu aproximativ 6 luni anterior datei de depunere a ofertei. Autoritatea contractantă menționează că a trimis două solicitări de clarificare pentru lămurirea acestui aspect și furnizarea traducerilor complete ale documentelor.

c) Totodată, având în vedere existența documentului constatator negativ nr. ....., autoritatea contractantă a solicitat clarificări privind încadrarea/neîncadrarea în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (.....) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Referitor la documentul constatator, autoritatea contractantă menționează că a făcut verificări cu privire la motivele de excludere a candidatului/ofertantului prevăzute la art. 167 din Legea nr. 98/ 2016.

În acest sens, a procedat la verificarea în platforma SEAP a existenței unor documente constatatoare emise pentru ofertant. Astfel, pentru liderul asocierii - ..... SRL, (rubrica documente - documente constatatoare) a fost identificat un număr de 3 documente constatatoare. Dintre acestea, două fiind emise pentru neîndeplinirea corespunzătoare a obligațiilor contractuale:

..... Document constatator nr. 92/57956/31.08.2015 (Document constatator referitor la îndeplinirea obligațiilor contractuale din cadrul contractului de servicii nr. 92/7313/04.02.2015 „..... - Turda Lot 3” încheiat cu Asocierea ..... SRL (lider de asociere) - EGIS ROMANIA SA) emis de autoritatea contractantă (fosta ..... SA) pentru asociere.

Referitor la acest document constatator, autoritatea contractantă a reținut Hotărârea civilă nr. 458/2017 emisă de Curtea de Apel în data de 03.02.2017 prin care a respins recursul ..... și nu a mai considerat necesare solicitări de clarificări cu privire la acest document constatator.

2. Documentul constatator nr. .....(Document constatator referitor la îndeplinirea obligațiilor contractuale - final) emis de autoritatea contractantă pentru ASOCIEREA ..... SA ROMA ITALIA SUCURSALA ..... (lider de asociere) - ..... SRL, acesta din urma având calitatea de contractant în cadrul contractului nr. 92/40064/16.06.2015 «Revizuire/Actualizare Studiu de Fezabilitate pentru „.....”».

Autoritatea contractantă în urma celor menționate anterior și invocând prevederile art. 167 alin (.....) lit. g), alin. (8) din Legea nr. 98/ 2016 privind achizițiile publice i-a solicitat contestatorului să clarifice încadrarea/neîncadrarea în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (.....) lit. g) din Legea nr. 98/2016, prezentând totodată, documente edificatoare în susținerea justificărilor oferite astfel încât contestatorul să își demonstreze în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere prevăzute la art. 167 alin. (.....) lit. g) din Legea nr. 98/2016. Termenul limită de transmitere a răspunsurilor și/sau a documentelor la clarificările solicitate a fost 14.02..... ora 16.30.

Contestatorul, în răspunsul său, a menționat faptul că documentul constatator nu reflectă realitatea juridică și scriptică a desfășurării evenimentelor în cadrul contractului aferent revizuirii/actualizării studiului de fezabilitate pentru *„Autostrada Sibiu – Pitești”* și a oferit o

amplă descriere a modului în care s-a desfășurat contractul de servicii pentru care a fost emis documentul constatator nr. .....

Totodată, atașat adresei sale de răspuns nr. 14/14.02..... înregistrată la ..... cu nr. 92/11135/14.02....., contestatorul a transmis două anexe printre care o cerere de chemare în judecată pentru obligarea ..... la plata profitului nerealizat de către Asocierea ..... SA Roma Italia Sucursala ..... - ..... SRL, cu care a fost încheiat contractul aferent revizuirii/actualizării studiului de fezabilitate pentru „Autostrada Sibiu – Pitești", și care face obiectul unui dosar aflat pe rolul Tribunalului ....., și contestația împotriva documentului constatator nr. .....transmisă către autoritatea contractantă (denumită în adresa ofertantului „Plângere prealabilă"),

Deși autoritatea contractantă a solicitat în mod concret documente edificatoare cu privire la situația actuală a documentului constatator nr. ....., contestatorul a transmis atașat la răspunsul său, cererea de chemare în judecată pentru obligarea autorității contractante la plata profitului nerealizat de către Asocierea ..... SA Roma Italia Sucursala ..... - ..... SRL, aceasta reprezentând un aspect conex, care nu are legătură cu emiterea documentului constatator nr. .....

Autoritatea contractantă consideră că contestatorul avea posibilitatea ca în răspunsul său 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, așa cum prevede art. 171 alin. (.....) din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare.

Totodată, conform prevederilor art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare, legiuitorul a prevăzut posibilitatea ca un operator economic pentru care s-a emis un Document constatator negativ, să poată adopta anumite măsuri în acest sens.

Prin urmare, în conformitate cu prevederile art. 171 alin. (.....) și (2) din Legea nr. 98/2016, și analizând informațiile și documentele transmise prin răspunsul său, autoritatea contractantă a constatat faptul că contestatorul nu a adus prin adresa sa, niciun document sau argument suplimentar care să contrazică informațiile ce se regăsesc în cadrul documentelor deja existente la dispoziția ei și, totodată, autoritatea contractantă a constatat că contestatorul nu a prezentat măsuri sau documente justificative prin care acesta să-și demonstreze

credibilitatea în sensul prevederilor art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare.

De asemenea, autoritatea contractantă a avut în vedere următoarele aspecte menționate în cadrul documentului constatator nr. .....:

- *„[...] a fost emisă factura de penalități nr. 170000015, seria: CC51 în valoare de 2.206.389,44 lei și a fost transmisă către prestator prin adresa nr. .....08.2017”.*
- *„[...] Pentru secțiunile 2, 3, 4 și 6 prestatorul nu a întocmit/predat niciun fel de documentație în conformitate cu prevederile asumate prin contractul de servicii. [...]".*

La acel moment, autoritatea contractantă a reținut și faptul că contestatorul nu a promovat în instanța contestația împotriva documentului constatator nr. ....., ci l-a contestat doar la autoritatea contractantă emitentă.

Așadar, cu privire la afirmațiile contestatorului: „Astfel, Contractul pentru revizuirea/actualizarea studiului de fezabilitate pentru autostrada Sibiu - Pitești se supune prevederilor OUG nr. 34/2006, fapt ce atrage aplicabilitatea incidentă a prevederilor art. 971 ale HG925/2006, alin. (5), în speță: «Documentele constatatoare emise de către autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile alin. (.....) pot fi contestate în justiție potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările anterioare» în conformitate cu prevederile legale incidente, i.e. art. 97 și următoarele din HG nr. 925/2006, art. 2 și art. 181 din OUG nr. 34/2006, art. 7 din Legea nr. 554/2004, art. 14, 15 din Legea nr. 101/2016, art. 1170, art. 1221, art. 1268, art. 1271 și art. 1272 Cod Civil, Asocierea ..... SA Roma Italia Sucursala ..... - ..... SRL, a întreprins, ulterior emiterii Documentului Constatator, următoarele acțiuni: (...)” autoritatea contractantă menționează faptul că deși acest document constatator negativ a fost emis pentru un contract supus prevederilor OUG nr. 34/2006, acest fapt nu anulează motivele pentru care documentul constatator a fost emis de către autoritatea prejudiciată, chiar dacă autoritatea contractantă nu a avut cunoștință la data emiterii informării cu privire la finalizarea procesului de analiză a modului de îndeplinire a criteriilor de calificare și neîncadrare în motivele de excludere, în baza art. 214 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 despre contestarea documentului constatator la Tribunalul ..... în data de 16.02....., acest demers fiind ulterior răspunsului ofertantului la solicitarea de clarificare a autorității contractante (14.02.....) și comunicat pentru prima data, prin notificarea prealabila depusă în data de 26.02.....

Autoritatea contractantă susține faptul că indiferent de legea achizițiilor care este în vigoare la semnarea contractului, operatorii economici angajați în cadrul unui contract trebuie să ducă la bun sfârșit obligațiile respective, în conformitate cu contractul încheiat, documentul

constatator fiind o consecință a modalității de îndeplinire a obligațiilor acelui contract de către ..... SRL (respectiv îndeplinire necorespunzătoare, în cazul de față). Prin urmare, neîndeplinirea obligațiilor contractuale constituie un motiv de excludere în domeniul achizițiilor publice, reglementat atât în vechea legislație, cât și în cea în vigoare. În acest sens autoritatea contractantă invocă art. 167, alin. (.....), alin. (8) din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere cele invocate anterior, autoritatea contractantă a considerat că devin incidente prevederile art. 167 alin. (.....) lit. g) și alin. (8), precum și art. 169 din Legea nr. 98/2016, a hotărât excluderea ofertei depuse de contestatorul Asocierea ..... SRL - ..... SpA (fosta Asocierea ..... SRL - .....SpA).

Astfel, autoritatea contractantă a considerat că nu se mai impune transmiterea de noi solicitări de clarificări pentru documentul constatator nr. ....., iar în data de 16.02....., a transmis ofertantului o informare cu privire la finalizarea procesului de analiză a modului de îndeplinire a criteriilor de calificare și neîncadrare în motivele de excludere, în baza art. 214, alin. (2) din Legea 98/2016, prin adresa nr. .....

În urma notificării din data de 26.02....., autoritatea contractantă nu a transmis un răspuns cu privire la notificarea prealabilă în virtutea prevederilor art. 8 alin. (.....) din Legea nr. 101/2016.

În absența răspunsului, în data de ....., contestatorul a formulat contestația nr. ...../..... la CNSC prin care reiterează aspectele sesizate în notificarea prealabilă.

Autoritatea contractantă reiterează faptul că cererea de chemare în judecată pentru anularea documentului constatator nr. 92/64898/ 30.08.2017 a fost depusă de către ofertant la Tribunalul ..... în data de 16.02....., data la care i-a fost transmisă ofertantului informarea cu privire la finalizarea procesului de analiză a modului de îndeplinire a criteriilor de calificare și neîncadrare în motivele de excludere, în baza art. 214, alin. (2) din Legea nr. 98/2016, prin care i s-a adus la cunoștință decizia autorității contractante privind excluderea din prezenta procedură, cu justificările aferente. Ulterior depunerii în platforma SEAP a documentului constatator nr. ....., contestatorul a transmis o contestație a documentului constatator doar către autoritatea contractantă.

Așadar, la momentul solicitării autorității contractante de a clarifica încadrarea/neîncadrarea în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (.....) lit. g) din Legea nr. 98/2016, prezentarea concomitent a

documentelor edificatoare în susținerea justificărilor oferite astfel încât să își demonstreze în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere prevăzute la art. 167 alin. (.....) lit. g) din Legea nr. 98/2016, contestatorul nu contestase documentul constatator decât la autoritatea emitenta. Prin urmare, „realitatea juridică și scriptică a desfășurării evenimentelor în cadrul contractului aferent revizuirii/actualizării studiului de fezabilitate pentru autostrada Sibiu-Pitești" a fost adusă la cunoștința instanțelor competente pentru soluționare în data de 16.02.....

Referitor la mențiunea contestatorului *„abordarea autorității contractante [...] este abuzivă și discreționară, neținând cont de evenimentele petrecute ulterior emiterii documentului constatator nr. .....”* din cadrul contestației depuse, autoritatea contractantă menționează că a luat în considerare prevederile legii care stipulează clar: *„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*”, precum și prevederile art. 166, alin. (8) din HG nr. 395/2016, iar condiția ca aceste încălcări să ducă la plata de daune interese în cadrul respectivului contract, a fost demonstrată prin menționarea în cadrul documentului constatator a penalităților determinate de neîndeplinirea corespunzătoare a respectivului contract, astfel:

- *„[...] a fost emisă factura de penalități nr. 170000015, seria: CC51 în valoare de 2.206.389,44 lei și a fost transmisă către prestator prin adresa nr. .....08.2017*”.
- *„[...] Pentru secțiunile 2, 3, 4 și 6 prestatorul nu a întocmit/predat niciun fel de documentație în conformitate cu prevederile asumate prin contractul de serviciu [...]*".

Prin urmare, autoritatea contractantă a avut cunoștință de acest document constatator emis în cadrul contractului aferent revizuirii/ actualizării studiului de fezabilitate pentru autostrada Sibiu-Pitești, în care sunt stipulate penalități pentru îndeplinirea necorespunzătoare a respectivului contract.

În virtutea art. 171 alin. (.....), autoritatea contractantă a solicitat ofertantului să-și demonstreze credibilitatea, cât și să furnizeze documente edificatoare în acest sens, însă precizările incluse de contestator în adresa sa de răspuns nu aduc elemente noi care să contrazică constatările autorității contractante.

Totodată, autoritatea contractantă menționează că nu a putut face abstracție de faptul că informațiile din documentul constatator au fost deja publicate în Sistemul Electronic de Achiziții Publice, fapt ce nu poate fi anulat, deoarece faptele care au condus la această acțiune au avut loc și au produs consecințe.

Referitor la mențiunea contestatorului *„pe cale de consecință, problema neexecutării contractului nu se poate aplica în cazul de față întrucât contractul încheiat între ..... în calitate de beneficiar și Asocierea Spea - Tecnic nu a fost reziliat la inițiativa beneficiarului, ci a încetat prin ajungere la termen. În privința neexecutării contractului, beneficiarul a avut la dispoziție, în cadrul contractului de servicii, numeroase considerente pentru care ar fi putut rezilia contractul în ipoteza unei încălcări din partea asocierii. Faptul că beneficiarul nu a ales acest mijloc de sancționare denotă faptul că asocierea nu și-a încălcat obligațiile contractuale și că serviciile prestate s-au ridicat la standardele autorității contractante*", autoritatea contractantă menționează că nu se poate pronunța în ceea ce privește modalitatea de implementare a respectivului contract, dat fiind faptul că deciziile autorității cu privire la contractul pentru care a fost emis documentul constatator nu fac subiectul prezentei contestații

Autoritatea contractantă susține că s-a adresat în cadrul ..... SA, în data de 06.02....., către unitatea de implementare derulatoare a contractului aferent revizuirii/actualizării studiului de fezabilitate pentru „Autostrada Sibiu – Pitești", cât și către direcția juridică, solicitând să li se comunice dacă există documente care să ateste faptul că operatorul economic ..... SRL se află în situațiile de excludere prevăzute la art. 167 din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare, în special dacă și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce îi 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 data de 07.02....., unitatea de implementare derulatoare a transmis răspunsul său prin care a prezentat pe scurt situația contractului aferent revizuirii/actualizării studiului de fezabilitate pentru „Autostrada Sibiu – Pitești", așa cum a fost menționată și în cadrul documentului constatator nr. ....., respectiv faptul că prestatorul a predat doar SF final pentru Secțiunea ..... Sibiu-Boița și secțiunea 5 Curtea de Argeș-Pitești.

Totodată a fost predată și o documentație pentru secțiunea 4, aceasta nefiind acceptată de către beneficiar deoarece era incompletă și prezenta erori. Iar pentru secțiunile 2, 3, 4 și 6, unitatea de implementare a menționat că prestatorul nu a întocmit/predat niciun fel de documentație în conformitate cu prevederile asumate prin contractul de servicii. Astfel conform prevederilor art. 97^1 din HG nr. 925/2006 cu modificările și completările ulterioare autoritatea contractantă a emis documentul constatator negativ nr. .....pentru contractul de servicii privind revizuirea/actualizarea studiului de fezabilitate pentru *„Autostrada Sibiu – Pitești*".

În data de 07.02..... Direcția Juridică a transmis răspunsul său în care a menționat, printre altele: „În sensul dispozițiilor art. 167 alin. (.....) lit. g) vine în completare alin. (8) al aceluiași articol arătând cu titlu exemplificativ ce înțelege legiuitorul prin încălcări grave ale obligațiilor contractuale: neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract". De asemenea, legiuitorul a mai prevăzut în cadrul art. 171 o serie de pârghii prin care operatorul își poate demonstra în mod concret credibilitatea, precum și împrejurările/cazurile care atrag neaplicarea situațiilor de excludere.

Raportându-ne la obligația autorității contractante prevăzută în cadrul art. 166 din HG nr. 395/2016, respectiv aceea de a emite documente constatatoare care conțin informații referitoare la îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, la eventualele prejudicii, vă rugam să vă adresați compartimentului specializat de achiziții publice pentru a vă pune la dispoziție un asemenea document, dacă există".

Autoritatea contractantă susține că odată emis, documentul constatator își produce efectele, drept dovadă fiind obligația publicării acestuia în SEAP în termen de 10 zile de la data expirării termenului legal de emitere a documentului constatator.

Referitor la mențiunea contestatorului (pag. 8) din cadrul contestației: „Pe cale de consecință, aceeași autoritate contractantă care a emis documentul constatator nr. 92/64898130.08.2017, a invitat asocierea ..... - ..... SpA la depunerea ofertei, în calitate de ofertant unic, în cadrul procedurii sus-menționate" autoritatea contractantă menționează că afirmația contestatorului este nejustificată întrucât, în ciuda faptului că pe numele contestatorului există emis un document constatator, autoritatea contractantă a oferit operatorului menționat, posibilitatea clarificării încadrării/neîncadrării în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (.....) lit. g) din Legea nr. 98/2016 în ce privește documentul constatator, cât și posibilitatea

demonstrării credibilității prin raportare la respectivele motive de excludere, în conformitate cu art. 171 alin. (.....).

Prin urmare, conform prevederile art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare contestatorul a avut posibilitatea ca în răspunsul său 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, așa cum prevede art. 171 alin. (.....) din Legea 98/2016 cu modificările și completările ulterioare.

În ce privește afirmația contestatorului: „Speța de față se încadrează de fapt în prevederile art. 7 al Legii nr. 98/2016, alin. (.....)" autoritatea contractantă susține că așa cum rezultă din strategia de contractare elaborată de ea și transmisă Consiliului împreuna cu dosarul achiziției, necesitatea, oportunitatea, precum și condițiile cumulative privind aplicarea procedurii de negociere fără publicare în acest caz au fost justificate și demonstrate în mod corespunzător.

Astfel, achiziția unor servicii de supervizare noi similare conform art. 104 alin. (8) din Legea 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, a devenit necesară pentru a fi asigurată supervizarea lucrărilor până la finalizarea acestora, respectiv menținerea responsabilizării inginerului asupra activităților desfășurate în cadrul contractului de execuție lucrări (verificare lucrări executate și semnare procese verbale de recepție calitativă, efectuare măsurători, certificare cantitativă a lucrărilor efectuate, aprobări emise).

Autoritatea contractantă a recurs la această procedură de achiziție a noului contract de servicii deoarece în cadrul acestuia vor fi realizate aceleași servicii de supervizare pe care contractantul inițial le-a prestat în perioada de supervizare a execuției lucrărilor desfășurate până în prezent, utilizând aceleași categorii de personal cheie și non-cheie ca și în contractul inițial, doar că serviciile sunt transpuse într-un nou interval de timp ..... din prelungirea duratei de execuție a lucrărilor pentru Autostrada Sebeș-Turda, lot 4.

Având în vedere cele menționate mai sus, precum și îndeplinirea condițiilor stipulate în art. 104 alin. (8) din Legea 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, autoritatea contractantă a considerat că sunt întrunite toate premisele în vederea achiziționării serviciilor noi similare, astfel încât să fie asigurate serviciile de consultanță pe perioada de execuție a lucrărilor pentru contractul nr. .....04.2014 „Proiectare și ....., lot 4, km

53+700 - km .....+000”, prin aplicarea procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare.

Autoritatea contractantă susține că în situația în care contestatorul ar fi considerat că cerințele autorității contractante din fișa de date a achiziției și din invitația de participare nr. 92/4013/18.01..... sunt nelegale sau restrictive, ar fi putut contesta, în condițiile legislației specifice, prevederile documentației de atribuire, inclusiv în ceea ce privește verificarea neîncadrării în situațiile de excludere prevăzute de Legea nr. 98/2016, prin depunerea ofertei acesta și-a asumat obligația de a îndeplini toate cerințele de calificare stabilite de autoritatea contractantă, prevederile documentației de atribuire consolidându-și caracterul obligatoriu atât pentru ..... SA, cât și pentru contestator.

Cu privire la afirmația contestatorului: „în ceea ce privește temeinicia excluderii Asocierii ..... SRL - ..... SpA din cadrul procedurii în cauza, așa cum a menționat mai sus, documentul constatator reprezintă un act administrativ unilateral care a fost contestat în temeiul art. 7 al Legii nr. 554/2004”, autoritatea contractantă susține că, la momentul evaluării ofertei, documentul constatator nr. .....era contestat doar la autoritatea emitentă din data de 27.09.2017.

Cererea de chemare în judecată cu privire la documentul constatator nr. .....a fost înregistrată de către contestator la Tribunalul ..... în data de 16.02....., ulterior depunerii ofertei, ulterior transmiterii răspunsului la clarificările solicitate de autoritatea contractantă și ulterior/concomitent cu emiterea informării privind decizia de excludere din procedură.

Totodată, în ce privește mențiunea contestatorului *„Prin urmare, în lipsa unei decizii definitive a unei instanțe competente, nu se poate accepta teza conform căreia autoritatea contractantă poate exclude din proceduri operatori economici numai pe baza aprecierilor sale arbitrare. Dacă acesta ar fi reprezentat modul de abordare gândit de legiuitor, atunci acesta nu ar fi pus la dispoziția „persoanelor vătămate" o cale de atac pentru contestarea actelor administrative unilaterale, printre care se numără și documentul constatator*", autoritatea contractantă susține că decizia nu s-a bazat pe „*aprecieri arbitrare*”, ci a avut în vedere următoarele aspecte:

.....- documentul constatator nr. .....în care este menționat:

„8. Contractul a fost îndeplinit în mod corespunzător:

o DA • NU

Daca NU, Motivație/motivații: [...]

b) nerespectarea termenelor contractuale de livrare produse/ prestare servicii executare lucrări: din culpa

Studiul de fezabilitate final pentru autostrada Sibiu - Pitești, trebuia predat de către prestator, conform prevederilor contractuale la următoarele termene:

- 5 luni de la data de începere (15.07.2015) pentru secțiunea I Sibiu-Boita și Secțiunea 5 Curtea de Argeș - Pitești;

- 12 luni de la data de începere (15.07.2015) pentru secțiunea 2 Boița - Racoviță, secțiunea 3 Racoviță - Văleni, secțiunea 4 Văleni - Curtea de Argeș și secțiunea 6 DTV 73C Tigveni - Râmnicu Vâlcea.

În data de 14.12.2016 contractul a fost suspendat pentru o perioadă de 3 luni, pana la data de 14.03.2017.

În data de 14.03.2017 a fost semnat actul adițional nr. 2 la contract de servicii pentru revizuire/actualizare studiu de fezabilitate pentru autostrada Sibiu - Pitești prin care s-a prelungit durata contractului cu 3 luni prin amendarea articolului 5 durata de prestare a serviciilor după cum urmează:

„Articolul 5 durata de prestare a serviciilor

5..... Durata prezentului contract de Servicii este de 17 luni de la data de începere a contractului. (...)"

s-a înlocuit cu următorul:

„Articolul 5 durata de prestare a serviciilor

5..... Durata prezentului contract de Servicii este de 25 luni de la data de începere a contractului. (...)".

Astfel noul termen de finalizare a fost data de 15.08.2017 (respectiv data de 16.08.2017 ținând cont că data de 15.08.2017 a fost zi nelucrătoare, fiind sărbătoare legală în Romania).

Prestatorul a predat doar Studiul de Fezabilitate final pentru Secțiunea ..... Sibiu - Boita și secțiunea 5 Curtea de Argeș - Pitești, a fost predată și o documentație pentru secțiunea 4, aceasta nefiind acceptată de către beneficiar, fiind incompletă și prezentând erori.

Pentru Secțiunile 2, 3, 4 și 6 prestatorul nu a întocmit/predat nici un fel de documentație în conformitate cu prevederile asumate prin contractul de servicii. [….]

d) altele: a fost emisă factura de penalități nr. 170000015, seria: CC51 în valoare de 2.206.389,44 lei și a fost transmisă către prestator prin adresa nr. .....08.2017"

2. - prevederile art. 167, alin (.....), lit. g) din Legea nr. 98/ 2016 și prevederile art. 167, alin (8) din Legea nr. 98/ 2016

3. – răspunsul contestatorului la solicitarea autorității contractante de a clarifica încadrarea/neîncadrarea în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (.....) lit. g) din Legea nr. 98/2016, și prezentarea

totodată, a documentelor edificatoare în susținerea justificărilor oferite astfel încât contestatorul să își demonstreze în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere prevăzute la art. 167 alin. (.....) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

4. - documentul constatator nr. .....a fost contestat în instanță ulterior inițierii prezentei proceduri, ulterior solicitării de clarificare privind încadrarea/neîncadrarea în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (.....) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Prin urmare, autoritatea contractantă a oferit posibilitatea ofertantului, cerându-i clarificări, aducându-i la cunoștință identificarea documentului constatator negativ, însă acesta nu a adus argumente de natura celor prevăzute în cadrul art. 171 alin. (3) din Legea 98/2016 cu modificările și completările ulterioare. Totodată, informațiile furnizate de către contestatar nu au condus la concluzia că documentul constatator ar fi fost emis în condiții de ilegalitate.

Prin urmare, autoritatea contractantă solicită Consiliului respingerea contestației fiind neîntemeiată și nefondată.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

..... SA, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de achiziție negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: «Servicii noi de supervizare pentru perioada de execuție a lucrărilor aferente contractaului nr. .....04.2014, „Proiectare și execuție ....+000”» cod CPV ..... prin invitația de participare ....., elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă. Conform invitației de participare, criteriul de atribuire stabilit este .....”, iar valoarea estimată a contractului este ..... lei.

Din adresa de comunicare ..... procedură nr. ...../ 16.02....., Consiliul reține că Asocierea ..... SRL – ..... SPA a fost exclusă deoarece se încadrează în prevederile de art. 167 alin. (.....) lit. g) din Legea nr. 98/2016, având în vedere Documentul constatator nr.....

În cadrul procesului verbal nr. 4 înregistrat sub nr. 12B/1717/09.02..... (pag. 702-716), autoritatea contractantă a efectuat verificări cu privire la motivele de excludere a candidatului/ ofertantului prevăzute la art. 167 din Legea nr. 98/2016 prin verificarea platformei SEAP a existenței unor documente constatatoare emise pentru liderul asocierii ..... SRL, fiind identificate un număr de 3 documente constatatoare, dintre care 2 au fost emise pentru neîndeplinirea corespunzătoare a obligațiilor contractuale astfel:

- cu privire la documentul constatator nr. ....., comisia de evaluare a reținut că prin Hotărârea civilă nr. 458/2017 Curtea de Apel ..... a respins ca nefondat recursul ..... iar pe cale

de consecință nu a mai considerat necesar a fi solicitate clarificări cu privire la acest document constatator;

- cu privire la documentul constatator nr. .....comisia de evaluare a hotărât să solicite clarificări prin adresa nr. 12B/1718/ 09.02..... și să prezinte documente edificatoare în susținerea justificărilor oferite astfel încât ofertantul să își demonstreze în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

Referitor la asociatul ..... SPA, comisia de evaluare nu a identificat niciun document constatator emis.

Prin adresa nr. 14/14.02..... înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 11135/14.02....., contestatorul a răspuns enumerând acțiunile întreprinse împotriva documentului constatator nr. .....respectiv:

- Cerere de chemare în judecată pentru obligarea ..... la plata profitului nerealizat – dosar ..... – Tribunalul .....
- Plângere prealabilă împotriva documentului constatator înregistrată la ..... cu nr. .....

detaliind considerentele ce au fundamentat acțiunile mai sus menționate, considerând în final că nu sunt îndeplinite cumulativ condițiile pentru ca operatorul economic să fie exclus din procedură.

Analizând documentul constatator nr. .....emis de ....., publicat în SEAP sub nr. ..... cu privire la contractul nr. 92/40064/16.06.2015, transmis de autoritatea contractantă la dosarul cauzei, Consiliul constată că acesta consemnează: *„Contractul a fost îndeplinit în mod corespunzător:* ***NU****; Motivația:*

b) nerespectarea termenelor contractuale de livrare produse/ prestare servicii executare lucrări: din culpa

Studiul de fezabilitate final pentru autostrada Sibiu - Pitești, trebuia predat de către prestator, conform prevederilor contractuale la următoarele termene:

- *5 luni de la data de începere (15.07.2015) pentru secțiunea I Sibiu-Boita și Secțiunea 5 Curtea de Argeș - Pitești;*
- *12 luni de la data de începere (15.07.2015) pentru secțiunea 2 Boița - Racoviță, secțiunea 3 Racoviță - Văleni, secțiunea 4 Văleni - Curtea de Argeș și secțiunea 6 DTV 73C Tigveni - Râmnicu Vâlcea.*

În data de 14.12.2016 contractul a fost suspendat pentru o perioadă de 3 luni, pana la data de 14.03.2017.

În data de 14.03.2017 a fost semnat actul adițional nr. 2 la contract de servicii pentru revizuire/actualizare studiu de fezabilitate pentru autostrada Sibiu - Pitești prin care s-a prelungit durata contractului cu 3 luni prin amendarea articolului 5 durata de prestare a serviciilor după cum urmează:

"Articolul 5 durata de prestare a serviciilor

5..... Durata prezentului contract de Servicii este de 17 luni de la data de începere a contractului. (...)"

s-a înlocuit cu următorul:

„Articolul 5 durata de prestare a serviciilor

5..... Durata prezentului contract de Servicii este de 25 luni de la data de începere a contractului. (...)"

Prestatorul a predat doar studiul de fezabilitate final pentru secțiunea ..... Sibiu – Boița și secțiunea 5 Curtea de Argeș-Pitești, a fost predată și o documentație pentru secțiunea 4, aceasta nefiind acceptată de către beneficiar, fiind incompletă și prezentând erori.

Pentru secțiunile 2, 3, 4 și 6 prestatorul <u>nu</u> a întocmit/predat niciun fel de documentație în conformitate cu prevederile asumate prin contractul de servicii.

*d) altele: **a fost emisă factura de penalități nr. 170000015 seria CC51 în valoare de 2.206.389,44 lei și a fost transmisă către prestator prin adresa nr. .....08.2017"**.*

În prezenta cauză, Consiliul va reține incidența următoarelor norme juridice*:*

- 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 obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (.....) lit. g) din Lege";

- art. 167 alin. (.....) lit. g) din Legea nr. 98/2016: „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".

- art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016:, „În sensul dispozițiilor alin. (.....) lit. g) se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/executarea unor produse/ servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract";

- art. 171 alin. (.....), (2), (3) și (5) din Legea nr. 98/2016: „(.....) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente

pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere. (2) În cazul în care autoritatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (.....) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire. (3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 le poate furniza autorității contractante, în sensul prevederilor alin. (.....), 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. (5) În cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situațiile de excludere prevăzute la art. 164 și 167 nu se aplică: (...) b) dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant".

În soluționare Consiliul reține și faptul că prevederile art. 167 alin. (.....) lit. g) transpun prevederile art. 57 alin. (4) lit. g) din Directiva 2014/24/UE „Autoritățile contractante pot exclude sau statele membre le pot solicita acestora să excludă de la participarea la o procedură de achiziție publică orice operator economic aflat în oricare din următoarele situații: (...) dacă operatorul economic a dat dovadă de deficiențe semnificative sau persistente la îndeplinirea unei cerințe de fond prevăzute de un contract de achiziții publice anterior, de un contract anterior încheiat cu o entitate contractantă sau de un contract de

concesiune anterior care au dus la încetarea anticipată a respectivului contract anterior, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile”.

Motivul reglementării acestei cerințe de excludere se regăsește în cadrul considerentului 101 para. (2) și (3) al Directivei 2014/24/UE *„Ținând seama de faptul că autoritatea contractantă va fi responsabilă pentru consecințele eventualei sale decizii eronate, autoritățile contractante ar trebui, de asemenea, să dispună în continuare de libertatea de a considera că a existat o abatere profesională gravă, în cazul în care, înainte de luarea unei decizii finale și obligatorii privind prezența motivelor obligatorii de excludere, pot demonstra, prin orice mijloace adecvate, că operatorul economic a încălcat obligațiile care îi revin, inclusiv obligațiile legate de plata impozitelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale, cu excepția unor dispoziții contrare dreptul intern.* ***Acestea ar trebui, de asemenea, să fie în măsură să excludă candidați sau ofertanți a căror performanță în alte contracte de achiziții publice din trecut a arătat deficiențe majore în ceea ce privește cerințele de fond****, de exemplu,* ***nerespectarea obligației*** *de a furniza sau de a executa, deficiențe semnificative ale produsului sau ale* ***serviciului furnizat****, ceea ce le face inutilizabile pentru scopul propus,* ***sau un comportament necorespunzător care aruncă îndoieli serioase cu privire la fiabilitatea operatorului economic****. Legislația națională ar trebui să prevadă o durată maximă pentru aceste excluderi.*

*Atunci când aplică motive facultative pentru excludere****, autoritățile contractante ar trebui să fie atente în mod special la principiul proporționalității****.* ***Neregulile minore ar trebui să ducă la excluderea unui operator economic doar în circumstanțe excepționale****. Cu toate acestea,* ***cazurile repetate de nereguli minore pot arunca asupra fiabilității unui operator economic un dubiu care ar putea justifica excluderea lui.***”

Față de aceste aspecte, Consiliul reține că atât legiuitorul comunitar cât și cel național (textele art. 167 alin. (.....) lit. c) din Legea nr. 98/2016 fiind similare celor art. 57 alin. (4) lit. g) din Directiva nr. 2014/24/UE) a conferit autorității contractante competența:

- să constate **deficiențele semnificative** sau cele care persistă în **îndeplinirea obligațiilor de fond din cadrul unui contract de achiziții încheiat anterior**, **contract care ulterior** fie a fost reziliat**, fie a implicat plata unor daune interese, fie au fost aplicate alte sancțiune comparabile**; legiuitorul român definind la art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016 ce înțelege prin noțiunea de încălcări grave ale obligațiilor contractuale, definiție care a avut la bază teza finală a para. (2) și a para. (3) din cadrul considerentelor 101 din Directiva nr. 2014/24/UE antemenționate.

Prin folosirea conjuncției disjunctive „sau” în cadrul lit. g) alin. (.....) art. 167 din Legea nr. 98/2016 legiuitorul a impus îndeplinirea unor condiții alternative și nu cumulative.

Față de aceste aspecte rezultă că atât legiuitorul comunitar cât și cel național, în cadrul noii directive în domeniul achizițiilor a dorit să facă o distincție clară între noțiunile de *„abatere profesională gravă”* și *„deficiențe semnificative ale obligațiilor contractuale”*

Față de cele de mai sus, Consiliul apreciază că, pentru a uza de dreptul conferit de norma legală mai sus reiterată respectiv de a exclude un ofertant din cadrul procedurii, autoritatea contractantă trebuie să verifice dacă sunt îndeplinite următoarele condiții cumulative:

- ofertantul să fi încălcat grav sau repetat în ultimii 3 ani obligațiile principale în cadrul unui contract de achiziție publică al unui contract de achiziții publice, de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior;
- încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale să fi condus la una din următoarele consecințe (sancțiuni): încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese, alte sancțiuni comparabile.

Condițiile cumulative arătate sunt completate de precizarea adusă prin art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, precizare citată mai sus, în sensul că perioada de timp scursă de la momentul la care s-au petrecut evenimentele (încălcările obligațiilor principale) să nu fi depășit o perioadă de 3 ani.

În același timp, alin. (8) al art. 167 din Legea nr. 98/2016, citat mai sus, aduce lămuriri asupra modului în care vor fi interpretate încălcările grave ale obligațiilor contractuale, prezentând exemple concrete, printre acestea regăsindu-se și neexecutarea contractului.

Referitor la mijloacele de probă de care dispun autoritățile contractante pentru verificarea incidenței art. 167 alin. (.....) lit. g) din Legea nr. 98/2016, Consiliul va reține că, potrivit art. 166 alin. (3) și (4) din HG nr. 395/2016, „(3) Autoritatea contractantă are următoarele obligații:

a) să elibereze un exemplar al documentului constatator contractantului;

b) să păstreze un exemplar la dosarul achiziției publice” și „(4) Documentele constatatoare emise de către entitatea contractantă în conformitate cu prevederile alin. (.....) și (2) pot fi contestate potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare”, prevederi care se regăseau și în vechea

reglementare la art. 971 alin. (2) și (5) HG 925/2006 aplicabile la momentul atribuirii contractului în discuție.

Astfel, cum rezultă atât din dispoziții actuale cât și a celor anterioare, autoritatea avea și are obligația să emită un document constatator din care să rezulte îndeplinirea ori neîndeplinirea obligațiilor contractuale.

Susținerile contestatorului privind nelegalitatea documentului constatator nu vor fi reținute, întrucât Consiliul nu se poate pronunța cu privire la legalitatea acestora, iar potrivit art. 166 alin. (4) din HG nr. 395/2016 „Documentele constatatoare emise de către entitatea contractantă în conformitate cu prevederile alin. (.....) și (2) pot fi contestate potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare".

De asemenea, potrivit art. 14 alin. (.....) din Legea nr. 554/2004 „În cazuri bine justificate și pentru prevenirea unei pagube iminente, o dată cu sesizarea, în condițiile art. 7, a autorității publice care a emis actul, persoana vătămată poate să ceară instanței competente să dispună suspendarea executării actului administrativ până la pronunțarea instanței de fond", iar conform art. 15 alin. (.....) din aceeași lege „Suspendarea executării actului administrativ unilateral poate fi solicitată de reclamant și prin cererea adresată instanței competente pentru anularea, în tot sau în parte, a actului atacat. În acest caz, instanța va putea dispune suspendarea actului administrativ atacat, până la soluționarea definitivă și irevocabilă a cauzei. Cererea de suspendare se poate formula o dată cu acțiunea principală sau printr-o acțiune separată, până la soluționarea acțiunii în fond".

Din analiza coroborată a textelor legale mai sus prezentate rezultă că documentele constatatoare, pe care autoritatea contractantă este obligată să le emită, sunt considerate acte administrative ce prezintă o situație de fapt, rolul lor fiind acela de a oferi informații cu privire la capacitatea unui ofertant de a-și îndeplini în mod corespunzător obligațiile contractuale, fără a aduce prejudicii autorității contractante. Fiind vorba de un act administrativ unilateral, acesta, potrivit legii contenciosului administrativ, se bucură de prezumția de legalitate, autenticitate și veridicitate, trăsături care constituie fundamentul caracterului executoriu. Suspendarea efectelor actului administrativ poate fi dispusă de instanța de judecată în condițiile reglementate de art. 14 și 15 din Legea nr. 554/2004. Mai mult, din analiza documentelor aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată că împotriva acestui document constatator la momentul excluderii ofertei contestatorului de către comisia de evaluare s-a formulat doar plângere prealabilă la data de 27.09.2017 (cu cca. 5 luni anterior deciziei de excludere).

Față de aceste aspecte și având în vedere faptul că la dosar nu au fost depuse alte înscrisuri, Consiliul constată că documentul constatator nr. ....., până la pronunțarea unei hotărâri definitive și

irevocabile sau revocarea lui de către autoritatea emitentă, este în vigoare și își produce efectele juridice.

Orice act administrativ are forță juridică obligatorie atât față de persoanele fizice sau juridice cărora și se adresează cât și față de autoritatea care l-a emis, ținută să-l respecte ea însăși, pe tot parcursul valabilității lui. Această obligativitate a actului administrativ derivă din faptul că el este dat pe baza și în executarea legii și, din această cauză, se bucură de prezumția de legalitate.

De asemenea, actul administrativ este executoriu de îndată, fără a fi necesară întocmirea unor formalități ulterioare, ca în cazul unei hotărâri judecătorești rămasă definitivă care, pentru a fi executată, trebuie investită cu formulă executorie.

Cu toate acestea există unele situații și condiții anume reglementate de lege, prin care aplicarea actului administrativ poate fi întrerupt temporar sau definitiv, respectiv în cazul suspendării, revocării și anulării actului administrativ.

Prin suspendare se înțelege situația în care actul administrativ, fără a fi desființat, nu se mai aplică în mod temporar și provizoriu. Suspendarea aplicării poate fi hotărâtă fie de organul emitent al actului, fie de către organul ierarhic superior, ceea ce în speță nu e cazul, deoarece nu există niciun înscris emis de autoritatea contractantă în acest sens.

Potrivit prevederilor art. 14 din Legea nr. 554/2004, Asocierea ..... SRL – ..... SPA avea posibilitatea ca, în cazuri bine justificate și pentru prevenirea unei pagube iminente, după sesizarea, în condițiile art. 7 din același act normativ, a autorității publice care a emis actul sau a autorității ierarhic superioare, să ceară instanței competente să dispună suspendarea executării actului administrativ unilateral până la pronunțarea instanței de fond. Această cerere de suspendare se putea solicita și printr-o cerere separată și chiar anterior cererii adresată instanței competente pentru anularea, în tot sau în parte, a actului atacat, instanța având obligația de a soluționa cererea de suspendare, de urgență și cu precădere, cu citarea părților, suspendarea executării actului administrativ având ca efect încetarea oricărei forme de executare, până la expirarea duratei suspendării (în cazul în care persoana vătămată nu introduce acțiunea în anularea actului în termen de 60 de zile, suspendarea încetează de drept și fără nicio formalitate).

În speță, contestatorul nu a depus la dosarul cauzei nicio hotărâre pronunțată de către instanța judecătorească cu privire la suspendarea

executării actului administrativ atacat până la soluționarea definitivă și irevocabilă a cauzei, hotărâre care ar fi fost executorie de drept.

Având în vedere aceste aspecte și ținând cont de faptul că actul administrativ, respectiv documentul constatator nr. .....nu a fost revocat (retras de către însăși organul care l-a emis ori ce către organul ierarhic superior acestuia sau de instanța de judecată) sau anulat (măsura luată de către organul ierarhic superior celui care a adoptat sau emis actul sau de instanța de judecată prevăzută de lege, care face să înceteze efectele juridice ale acestui act), la dosar nefiind depuse documente/ înscrisuri/alte mijloace de probă în acest sens, el își produce în continuare efecte juridice.

Referitor la invocarea aplicării prevederilor art. 97^1 din HG nr. 925/2006, Consiliul reține faptul că documentul constatator potrivit acestui articol este un înscris emis de autoritatea contractantă într-un anumit termen, respectiv 14 zile, de la data terminării prestării serviciului, deci este un act ulterior încetării prestării serviciului, iar prevederile art. 236 alin. (4) Legea nr. 98/2016 dispun în mod expres și imperativ că „***Contractele de achiziție publică****/Acordurile-****cadru încheiate înainte de data intrării în vigoare a prezentei legi sunt supuse dispozițiilor legii în vigoare la data când acestea au fost încheiate în tot ceea ce privește*** *încheierea, modificarea, interpretarea, efectele, executarea și* ***încetarea acestora***", prevederi neaplicabile în speță, deoarece documentul constatator reprezintă un act întocmit ulterior încetării contractului.

După cum a reținut și ***Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 2199 din 14 aprilie 2009****,* actul administrativ se bucură de prezumția de legalitate, care, la rândul său, se bazează pe prezumția autenticității și veridicității, în același timp fiind și executoriu din oficiu.

Relevante asupra acestui aspect, sunt următoarele decizii ale instanțelor:

– *decizia nr. 2148 din 29 octombrie 2012 [fiind vorba despre un act administrativ unilateral, documentul constatator emis de autoritatea contractantă se bucură de prezumția de legalitate, autenticitate și veridicitate], Curtea de Apel Bacău, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;*

– deciziile civile nr. 5095 din 27 octombrie 2015 (documentul constatator emis de autoritatea contractantă se bucură de prezumția de legalitate, autenticitate și veridicitate și produce toate efectele juridice în vederea cărora a fost emis, până la anularea lui de către instanța de judecată competentă), nr. 586 din 5 februarie 2016 (respingerea ofertei pe baza unui document ce constată neîndeplinirea corespunzătoare a obligațiilor contractuale anterioare este legală, chiar dacă pe rolul tribunalului există un litigiu privind documentul constatator, care se

bucură de prezumția de legalitate), Curtea de Apel ....., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal;

– decizia nr. 773 din 6 februarie 2012 (ofertant care nu și-a îndeplinit obligațiile contractuale anterioare față de autoritatea contractantă. Documentul constatator al neîndeplinirii obligațiilor beneficiază de prezumția de legalitate de care se bucură orice act administrativ până la anularea sa de către instanță și poate fi folosit în respingerea ofertei), Curtea de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal;

– decizia nr. 4372 din 13 noiembrie 2013 (simplul fapt al atacării la instanțele de judecată a documentelor constatatoare a neîndeplinirii obligațiilor ofertantei nu conduce la desființarea sau la suspendarea de drept a executării lor), Curtea de Apel Iași, Secția contencios administrativ și fiscal;

– decizia nr. 11034 din 18 decembrie 2013 (documentul constatator constituie un act administrativ, care se bucură de prezumția de legalitate, autenticitate și veridicitate. Efectele juridice ale documentului nu pot fi înlăturate de împrejurarea că petenta l-a atacat în contencios administrativ, cât timp nu există o hotărâre judecătorească definitivă de anulare a lui), Curtea de Apel Ploiești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal.

Analizând documentul constatator nr. .....Consiliul constată următoarele:

Referitor la prima condiție impusă de lege*: „ofertantul să fi încălcat grav sau repetat în ultimii 3 ani obligațiile principale în cadrul unui contract de achiziție publică al unui contract de achiziții publice, de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior”,* din cuprinsul documentului constatator invocat se constată că serviciile care au făcut obiectul contractului nu au fost executate din culpa ofertantului contractant deoarece acesta nu și-a respectat obligațiile principale în cadrul contractului nr. 92/40064/16.06.2015, motivele imputate fiind detaliate în cadrul conținutului documentului constatator pct. b) mai sus menționat, așadar încălcarea obligațiilor principale prin însăși natura lor este gravă.

A doua condiție impusă de lege*: „încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale să fi condus la una din următoarele consecințe (sancțiuni): încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese, alte sancțiuni comparabile”,* din cuprinsul documentului constatator, se constată că ..... confirmă că nerespectarea obligațiilor principale datorate culpei contestatorului au avut ca și

consecință emiterea unei facturi de penalități în valoare de 2.206.389,44 lei.

Rolul acestor documente constatatoare emise în baza legislației achizițiilor publice este de a oferi celorlalte autorități contractante informații cu privire la îndeplinirea/neîndeplinirea corespunzătoare de către ofertanți a obligațiilor asumate precum și cu privire la îndeplinirea cerințelor de calificare a acestora în ceea ce privește situația lor personală, astfel încât autoritatea contractantă s-a prevalat de existența acestor documente constatatoare, potrivit dispozițiilor legale, pentru a exclude oferta contestatorului și pentru a evita repetarea unor situații care ar fi pus-o în imposibilitatea de a-și respecta obiectivul privind «Servicii noi de supervizare pentru perioada de execuție a lucrărilor aferente contractaului nr. .....04.2014, „.....”».

În Decizia nr. 4407/2015, Curtea de Apel ..... a reținut că „raportat la Directiva 18/2004/CE în Secțiunea 2 a Capitolului VII la art. 45 – Situația personală a candidatului sau a ofertantului, alineatul (2) sunt enumerate criteriile care pot conduce la excluderea ofertanților dintr-o procedură. Mai concret, litera d) din cuprinsul alineatului respectiv indică faptul că poate fi exclus de la participarea la un contract un operator economic „care s-a făcut vinovat de o gravă abatere profesională, dovedită prin orice mijloace pe care autoritățile contractante le pot justifica”.

În speța C-465/11 Forposta SA, ABC Direct Contact sp. z o.o. vs. Poczta Polska S.A. care a avut ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Krajowa Izba Odwotawcza (Polonia) privind interpretarea art. 45 (2) litera (d) din Directiva 2004/18/CE coroborat cu articolul 53 (3) și cu articolul 54 (4) din Directiva 2004/17/CE, Curtea a arătat următoarele:

- 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 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;

- constatarea existentei unei „abateri grave” necesită, în principiu, efectuarea unei aprecieri concrete și individualizate a atitudinii operatorului economic în cauză;

- reglementarea națională [din legea poloneză] 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;

- 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 neglijență de o anumită gravitate din partea sa [...] noțiunea „abatere gravă”, nu poate fi înlocuită cu noțiunea „motive imputabile” operatorului economic în cauză.

De asemenea, Curtea a reținut că, deși din cuprinsul articolului 54 alineatul (4) din Directiva 2004/17 reiese ca 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”.

În soluționare Consiliul nu va lua în considerare susținerile contestatorului din cadrul răspunsului la solicitările de clarificări cu privire la faptul că „*problema neexecutării contractului nu se poate aplica în cazul de față întrucât contractului (...) nu a fost reziliat la inițiativa beneficiarului ci a încetat prin ajungere la termen*” având în vedere următoarele considerente:

- autoritatea contractantă nu este obligată să rezilieze contractului pentru a emite un document constatator negativ, care ulterior să constituie motiv de excludere în cadrul unei alte proceduri de atribuire;

- faptul că beneficiarul nu a ales ca și mijloc de sancționare, rezilierea contractului nu implică faptul că ofertantul contractant și-a îndeplinit obligațiile contractuale și că serviciile prestate s-au ridicat la standardele autorității contractante; în speță autoritatea contractantă alegând să sancționeze contestatorul pentru neîndeplinirea contractului aplicând penalități în valoare de 2.206.389,44 lei, factură care până la momentul prezentei nu a fost contestată pe cale judiciară la dosar neregăsindu-se niciun document în acest sens.

În mod evident că legiuitorul a prezumat a fi suficiente pentru ca operatorul să își dovedească credibilitatea, însă în speță, contestatorul atât în fața comisiei de evaluare și cât și în fața Consiliului a prezentat doar copii ale acțiunilor introduse pentru plata profitului nerealizat și plângerea prealabilă depusă la emitentul documentului constatator, fără a întreprinde alte demersuri, încălcând astfel prevederilor art. 249 cpc „*cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege*”.

Astfel, fiecare parte litigantă are obligația de a-și dovedi pretențiile, susținerile, prin producerea unor mijloace de probă legale, verosimile,

pertinente și concludente, potrivit principiului de drept *„probatio incumbit ei qui digit, non ei qui negat*".

Având în vedere prevederile art. 68 din Legea nr. 101/2016, Consiliul va reține în soluționare faptul că literatura juridică dar și practica judiciară, a statuat că în cadrul procesului civil sarcina probei este împărțită între reclamant și pârât, în speță între contestator și autoritatea contractantă, la care se adaugă și rolul activ al Consiliului care, potrivit art. 254 alin. (5) c.p.c, poate ordona administrarea probelor considerate necesare chiar dacă părțile se împotrivesc.

Cu toate acestea, existența rolului activ al Consiliului nu poate conduce la concluzia că întreaga sarcina a probei ar cădea asupra Consiliului, ceea ce nu se întâmpla nici măcar în cadrul dosarelor supuse principiului oficialității, sau ca nerespectarea dispozițiilor legale cu privire la propunerea și administrarea probelor nu ar avea pentru părți consecințe procedurale.

Pe cale de consecință, în măsura în care partea ce formulează anumite critici, susțineri nu este solitară în efortul de a proba, aceasta rămâne singura sancționată în caz de eșec, deoarece dacă nu administrează probele care să convingă Consiliul, cu toată eventuala colaborare a adversarului și în pofida rolului activ al Consiliului, va pierde dosarul, iar adversarul va triumfa.

În speță, aplicând principiile cu caracter teoretic enunțate mai sus, Consiliul apreciază că, în soluționarea contestației, societatea contestatoare ar fi trebuit ca, în prealabil, să își dovedească prin orice mijloace de probă susținerile din cadrul contestației.

Ori, contestatorul s-a limitat la face simple afirmații și a depune copii ale unor acțiuni și plângeri prealabile nefinalizate prin pronunțarea vreunei hotărâri și ale căror efecte juridice nu sunt suspendate.

Anexarea la contestație a copiei acțiunii depuse la Tribunal ulterior excluderii sale din cadrul procedurii nu poate fi luată în considerare, având în vedere că, până la data prezentei instanța s-a pronunțat la data de 15.03..... doar cu privire la cererea de reexaminare a taxei judiciară de timbru datorată de reclamantă nu și cu privire la suspendarea efectelor documentului constatator ....., astfel cum rezultă de pe portalul instanțelor.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (.....) lit. b) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare s-a făcut, în cazul ofertei contestatorului, cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, criticile acestuia privind nelegalitatea evaluării propriei sale oferte sunt nefondate, urmând să fie respinse.

Consiliul nu va reține susținerile contestatorului cu privire la „aceeași autoritate contractantă care a emis documentul constatator

nr. .....a invitat asocierea (...) la depunerea ofertei, în calitate de ofertant unic, în cadrul procedurii sus-menționate” având în vedere faptul că emiterea unui document constatator negativ nu reprezintă unica condiție de excludere a unui ofertant, autoritatea contractantă având obligația de a analiza îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute de art. 167 alin. (.....) lit. g) din Legea nr. 98/2016 și de a oferi șansa ofertanților de a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere prin orice mijloace de probă.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de Asocierea ..... SRL – ..... SPA, reprezentată prin Liderul de Asociere ..... SRL în contradictoriu cu ..... SA, ...

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația depusă de Asocierea ..... SRL – ..... SPA, reprezentată prin Liderul de Asociere ..... SRL în contradictoriu cu ..... SA, ...

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare	PREȘEDINTE	Consilier de soluționare
Lehel-Lorand BOGDAN	Florentina DRĂGAN	Traian ICOBEȚ

Redactat în 4 (patru) exemplare originale, conține 32 (treizecișidouă) pagini.