

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 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., formulată de către ... SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ..., având CF R0..., reprezentată legal prin ... – director și convențional prin avocat ..., împotriva Deciziei nr. 1888/07.06.2021, emisă de ... SA, cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „...” – LOT 1, CPV 45310000-3, anunț de participare nr. ..., s-au solicitat Consiliului următoarele:

1. *anularea Deciziei nr. 1888/07.06.2021 privind excluderea ... SRL din cadrul procedurii;*

2. *anularea parțială a Raportului procedurii nr. 1887/07.06.2021 în ceea ce privește procedura de atribuire online a Lotului I ..., cu consecința declarării ca admisibile a ofertei sale;*

3. *anularea deciziei de admitere a ofertei și desemnării ca și câștigătoare a ofertantului ... SRL;*

4. *obligarea autorității contractante la emiterea unei decizii de atribuire către ... SRL a contractului sectorial de lucrări „...” – LOT 1.*

**În luarea deciziei asupra cauzei de față,
Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor
reține următoarele:**

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., ... SRL, critică Decizia nr. 1888/07.06.2021, emisă de ... SA, în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „...” – LOT 1, CPV 45310000-3, anunț de participare nr. ..., solicitând cele menționate în partea introductivă.

În cuprinsul contestației, autoarea acesteia face un scurt istoric al procedurii și precizează că a participat la procedura de atribuire în cauză deținând toate calificările tehnice necesare. În opinia sa, în mod nejustificat și abuziv, invocând prevederile art. 180 alin. 1 lit. g) și alin. 6 din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă a decis excluderea sa din procedura de atribuire, menționând netemeinic că au fost încălcate, în mod grav sau repetat, obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract sectorial sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

În vederea susținerii acestui motiv, entitatea contractantă invocă:

1. *Documentul constatator nr. 62960/20.09.2019 aferent Contractului de lucrări nr. 15/2018;*

2. *Împlinirea termenului de reziliere a Contractului sectorial de lucrări nr. 36865/2017;*

3. *Împlinirea termenului de reziliere a Contractului sectorial de lucrări nr. 33/3018;*

4. *Împlinirea termenului de reziliere a Contractului sectorial de lucrări nr. 1111/2018.*

În continuare, contestatoarea face o scurtă prezentare a situației de fapt, relativ la temeiurile invocate de entitatea contractantă în deciderea excluderii sale din procedura de atribuire, astfel:

1. Referitor la împlinirea termenului de reziliere a Contractului sectorial de lucrări nr. 36865/29.12.2017, învederează că a contestat notificarea de reziliere, fiind înregistrată o acțiune în anularea notificării, precum și o cerere de suspendare a efectelor acesteia.

În acest sens, arată că neefectuarea lucrărilor contractate s-a datorat culpei exclusive a entității contractante, aceasta nepunându-i la dispoziție o autorizație de construire valabilă, nici până în prezent.

În concret, între părți a fost încheiat Contractul sectorial de lucrări nr. 36865/29.12.2017, cu termen de execuție de 6 luni de la data semnării procesului verbal de predare amplasament liber de sarcini, conform art.6.2. din contract.

Contestatoarea precizează că reprezentanții săi, împreună cu un reprezentant al ..., s-au deplasat la fața locului, în vederea prezentării amplasamentului, în săptămâna 31.07.2018-07.08.2018, ocazie cu care s-a și semnat procesul-verbal. Ulterior semnării acestui proces-verbal, angajații entității contractante au operat modificări, în fals, în ceea ce privește data semnării procesului-verbal, inserând data de 31.01.2018, deși la data respectivă nu operase predarea amplasamentului, data predării amplasamentului fiind în luna august, aspect confirmat și de aprobarea programului de lucrări în perioada respectivă.

În cel mai scurt timp după predarea amplasamentului, respectiv în 15.08.2018, arată că a procedat la efectuarea lucrărilor preparatoare

pentru executarea lucrărilor de injecție de putere în loc. ..., zona ..., însă doar pe porțiunile pe care nu se regăseau culturi agricole, având în vedere că Primăria Comunei ... i-a comunicat că nu poate interveni pe amplasament până la 01.09.2018 pentru a nu crea pagube proprietarilor de terenuri agricole.

Contestatoarea susține că a fost împiedicată să execute și aceste lucrări preparatorii de către locuitorii din zonă, care i-au atacat pe angajații săi, incident ce a dus la necesitatea opririi lucrărilor. ... SRL, împreună cu angajații Primăriei Comunei ..., au avut mai multe întâlniri în cadrul cărora i-au convins pe proprietarii de teren să permită accesul pe terenuri în vederea efectuării lucrărilor.

Din nefericire, o dată rezolvată această problemă, a realizat că proiectul tehnic de execuție pus la dispoziție de către entitatea contractantă nu corespundea situației din teren, fiind imposibil de executat. În aceste condiții, era necesară conceperea unui nou proiect tehnic de execuție, sens în care ... SRL, împreună cu angajații entității contractante au realizat un proiect de execuție total diferit de cel inițial, ceea ce în mod evident a necesitat un timp îndelungat și a făcut imposibilă executarea contractului conform termenului stabilit inițial.

Odată finalizat proiectul, a solicitat entității contractante prezentarea unei dispoziții de șantier pentru a demara lucrările conform noului proiect, precum și a unei autorizații de construire aferentă acestui nou proiect sau dovada prelungirii autorizației inițiale, pentru a putea proceda la demararea lucrărilor în condiții de legalitate.

Atât timp cât, în conformitate cu prevederile art. 14.1. din contract, obținerea unei autorizații de construire/prelungirea celei existente era obligația entității contractante, aspect constatat și cu ocazia întâlnirii din 11.06.2020, ... SRL consideră că dispunerea rezilierii de către entitatea contractantă este nu doar netemeinică, ci și abuzivă și nelegală, motiv pentru care a și contestat-o.

2. Referitor la rezilierea Contractului nr. 33/22.01.2018, aceasta a fost dispusă în pofida existenței unui refuz din partea Primăriei Comunei ... de a aproba deconectarea până în 30.06.2021, refuz ce a condus la imposibilitatea ... SRL de a finaliza lucrările. A solicitat instanței de judecată și anularea acestei notificări de reziliere.

Entitatea contractantă a generat deja o practică în cadrul derulării relațiilor contractuale: ori de câte ori nu reușește să își îndeplinească propriile obligații, invocă depășirea termenului de execuție, dispune rezilierea contractului din culpa executantului și nu își asumă consecințele propriilor fapte.

Termenul de execuție era de 6 luni de la data semnării procesului verbal de predare amplasament liber de sarcini, conform art.6.2. din contract.

În speța de față nu s-a semnat nici un proces-verbal de predare amplasament liber de sarcini, deoarece au existat probleme în privire cu

amplasamentul stabilit inițial ce s-au soluționat doar în cursul verii 2020. Proprietarii privați ai amplasamentului inițial și-au exprimat dezacordul cu privire la amplasarea stâlpilor pe terenul lor, astfel încât prin adresa din 14.08.2018, Ocolul Silvic ... a informat entitatea contractantă asupra acestui aspect, solicitându-i acesteia să procedeze la schimbarea amplasamentului stabilit inițial.

În mod evident, afirmă contestatoarea, nu putea să intervină în procesul de stabilire a noului amplasament, sarcina revenindu-i în totalitate entității contractante. La momentul respectiv entitatea contractantă nu a părut deloc preocupată de prelungirea termenului de execuție, având în vedere că au fost necesari 2 ani pentru a proceda la stabilirea unui amplasament. ... SRL și-a asumat în luna iulie 2020 finalizarea lucrărilor în termen de 10-12 săptămâni până în data de 03.10.2020, dacă erau îndeplinite 2 condiții: extinderea valabilității autorizației de construire în cursul lunii iulie; finalizarea procedurilor de înlocuire a traseului inițial în cursul lunii iulie.

Din nou, entitatea contractantă a întârziat îndeplinirea obligațiilor ce îi revin, astfel încât a primit autorizația de construire prelungită doar în a doua jumătate a lunii august. În data de 24.08.2020 subscrisa am reluat lucrările, însă în data de 02.10.2020, a fost nevoită să oprească lucrările, datorită lipsei acordului de deconectare a energiei electrice, comunicat inițial verbal și ulterior în scris, prin adresa din 12.10.2020, de către Primăria Comunei ..., prin care a fost informată că în contextul pandemiei, având în vedere și efectuarea cursurilor online, se va putea dispune deconectarea energiei electrice după 30.06.2021.

Practic au rămas de executat doar lucrări ce presupun deconectarea energiei electrice, dar pe care ... SRL nu le poate executa, aspect cunoscut și de către entitatea contractantă.

În acest context probat și prin înscrisurile anexate, decizia de reziliere a contractului este absurdă și se va impune anularea ei de către instanță.

Sub acest aspect, contestatoarea evidențiază că, la data prezentei efectele notificării de reziliere nr. 66268/26.11.2020 a Contractului sectorial de lucrări nr. 33/2018 sunt suspendate ca efect a-l pronunțării Deciziei nr. 176/C/2021-A a Curții de Apel ..., în dosarul nr. .../111/2021, în ședința publică din data de 31.05.2021.

Prin această hotărâre judecătorească s-a admis apelul declarat de ... SRL, s-a admis cererea de emitere a ordonanței președințiale și în consecință: s-a dispus suspendarea efectelor Notificării de reziliere nr. 66268/26.11.2020 a Contractului sectorial de lucrări nr. 33/2018 până la soluționarea definitivă a acțiunii în anulare a acestei notificări ce face obiectul dosarului nr. .../111/2021.

Așadar, una dintre cele 3 notificări de reziliere invocate de autoritatea contractanta ca temei al adoptării măsurii de excludere a ... SRL din cadrul procedurii online de atribuire a contractului sectorial de

lucrări în discuție nu produce efecte la data prezentei, precum nu producea astfel de efecte nici la data deciziei atacate cu prezenta contestație.

3. În ceea ce privește rezilierea Contractului sectorial de lucrări nr. 1111/2018, ... SRL precizează că a contestat și această măsură în fața instanței de judecată.

În zona în care se implementează acest proiect sunt în lucru concomitent și alte proiecte ale entității contractante și ale Primăriei Municipiului ..., motiv pentru care trebuie respectată o ordine de efectuare a lucrărilor, ordine ce nu a fost avută în vedere de către entitatea contractantă la stabilirea termenului de execuție.

Termenul de execuție se calculează de la data predării unui amplasament liber de sarcini, ceea ce presupune că se calculează de la momentul în care ... SRL nu are nici un impediment în demararea lucrărilor de execuție.

În data de 01.10.2019, în cadrul ședinței la care au participat reprezentanți din partea beneficiarului și a executanților implicați în proiectul Reabilitare, modernizare și refacere scuaruri în Piața Conform constatărilor de la fața locului, de pe șantier, analizând prioritatea celorlalți executanți în vederea realizării rețelelor exterioare (canalizare, apă, termoficare etc), s-a decis că, având în vedere ordinea de realizare a lucrărilor, ... SRL va putea începe executarea lucrărilor de realizare a rețelelor electrice începând cu data de 07.10.2019 (pct.2 din Sinteza ședinței din 01.10.2019). Această dată de începere a lucrărilor era și ea condiționată de îndeplinirea de către beneficiar, Municipiul ..., a unor obligații care să asigure un amplasament liber de sarcini și un front de lucru, respectiv demolarea grupurilor sanitare existente pe amplasament.

Un alt aspect esențial pentru demararea lucrărilor era închiderea circulației rutiere de către Primăria Municipiului ..., ceea ce s-a întâmplat doar în 16.11.2020, aceasta fiind de fapt data de la care curge termenul de execuție asumat. Chiar și la data respectivă, amplasamentul nu era în totalitate liber de sarcini, având în vedere că pe amplasamentul situat pe Str. ..., se desfășurau și se desfășoară în continuare lucrări de execuție aferente utilităților, în cadrul proiectului de Pietonalizare zona ..., beneficiar fiind Primăria

În acest context, ... SRL a realizat lucrările care erau posibile în circumstanțele date, respectiv a început din 16.11.2020 lucrările de decopertare, săpare, pozare tub de protecție, pozare cabluri de joasă tensiune, montare firidă subterană lângă Restaurantul ...etc.

... SRL trebuia să monteze și 2 posturi de transformare subterană, însă incertitudinea legată de eliberarea amplasamentului coroborată cu contextul pandemic actual și impedimente de ordin tehnic au condus la decalarea termenului de livrare, însă chiar dacă respectam termenul de livrare asumat inițial, era imposibilă montarea acestor posturi de

transformare subterană, datorită problemelor legate de amplasament și a lucrărilor executate de către ceilalți executanți. Entitatea contractantă nu și-a asumat riscul depozitării și manipulării acestor echipamente, în condițiile în care fiecare post e compus din 2 anvelope, fiecare cântărind aproximativ 40 de tone, care necesită pentru manipulare o macara de minim 400 de tone. Livrarea acestora trebuie efectuată în momentul în care pot fi și montate, tocmai datorită specificațiilor de mai sus, însă acestea nu ar putea fi montate nici în prezent datorită celorlalte proiecte ce se derulează în zonă.

4. În ceea ce privește Documentul constatator nr. 62960/20.09.2019, contestatoarea menționează că acesta este în mod clar invocat de către entitatea contractantă abuziv, doar în scop cantitativ, pentru a crea impresia unei conduite necorespunzătoare repetate a subscrisei în cadrul raporturilor contractuale anterioare.

Sub acest aspect, se impun următoarele precizări:

În cadrul contractului sectorial de lucrări nr. 15/2018, termenul de execuție asumat a fost depășit cu 49 de zile dar, după cum reiese și din adresa emisă chiar de către entitatea contractantă, nu din culpa ... SRL, ci a unei terțe persoane, respectiv ... și Această întârziere nu a produs un prejudiciu grav și nici nu denotă o culpă a sa. Ulterior emiterii acestui document constatator, a fost totuși desemnată câștigătoare în cadrul procedurilor de licitație Extindere rețea electrica in loc. ..., înlocuire firide de distribuție 0,4kV existente.

În cuprinsul contestației, autoarea acesteia aduce critici privind nelegalitatea și netemeinicia măsurii excluderii ... SRL din cadrul procedurii de atribuire în cauză, subliniind următoarele:

Temeiul excluderii sale din procedură a fost reprezentat de prevederile art. 180 alin. 1 lit. g din Legea nr. 99/2016, invocându-se în susținerea acestui temei Documentul constatator nr. 62960/20.09.2019 aferent Contractului de lucrări nr. 15/2018, împlinirea termenului de reziliere a Contractului sectorial de lucrări nr. 36865/2017, împlinirea termenului de reziliere a Contractului sectorial de lucrări nr. 33/2018 și împlinirea termenului de reziliere a Contractului sectorial de lucrări nr. 111/2018.

Existența încălcărilor va putea fi stabilită față de ... SRL exclusiv în condițiile și limitele expres stipulate în art.181 alin. 1 Legea nr. 99/2016, prin raportare la art. 180 alin. 1 lit. g) și alin. 6 Legea nr. 99/2016.

În continuare, contestatoarea analizează dacă documentele invocate de entitatea contractantă în susținerea temeiului excluderii sale respectă exigențele imperative prevăzute la art. 181 alin. 1 Legea nr. 99/2016.

În susținerea afirmațiilor sale, ... SRL invocă cauza G465/11 Forposta SA, ABC Direct Contact sp. z o.o. vs. Poczta Polska S.A. care a avut ca obiect o cerere de decizie 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.

În concluzie, menționează faptul că autoritatea contractantă nu a demonstrat în speță că ... SRL și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract sectorial și nici ca aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile. Măsura excluderii sale din procedura de atribuire și, implicit, hotărârea atacată care confirmă această măsură contravin principiului proporționalității consacrat de art. 2 lit. e din Legea nr.99/2016, fiind disproporționată în raport cu deficiența reținută în sarcina ... SRL.

În drept, se invocă prevederile art. 8 și urm. art. 10 și urm., art. 12 și urm. art. 24-art. 27, art. 34 Legea nr. 101/2016, precum și celelalte texte legale din cuprinsul contestației.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente.

Prin adresa înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..., ... SRL a transmis, în original, recipisa de consemnare nr. ..., emisă de ..., în valoare de 10.636,56 lei.

Prin punctul de vedere nr. 133623/18.06.2021, înregistrat la C.N.S.C. sub nr. ..., ... SA a solicitat Consiliului respingerea contestației, formulată de ... SRL, ca nefondată din următoarele considerente:

Excluderea contestatoarei de la procedura de atribuire s-a dispus având în vedere faptul că în mod repetat contestatoarea nu și-a respectat obligațiile asumate prin contactele încheiate cu ... SA în urma unor proceduri de achiziție publică, iar această nerespectare a dus la încetarea anticipată a respectivelor contracte și la daune interese sub forma penalităților de întârziere.

În primul rând, cu titlu preliminar, entitatea apreciază că, pe calea prezentei contestații la procedura de atribuire, nu pot fi puse în discuție aspecte ce țin de legalitatea/temeinicia înscrisurilor ce stau la baza deciziei de excludere a contestatoarei, atât timp cât respectivele documente/stare de fapt consemnată prin aceste documente nu a fost răsturnată prin anularea documentelor de către instanța de judecată.

Nu pot fi primite alegațiile contestatoarei cu privire la Documentul constatator nr. 62960/2019, în condițiile în care acest document nu a fost contestat niciodată pe cale legală și în termenul prevăzut în mod imperativ de lege, sub sancțiunea prescripției și nici anulat de către o instanță de judecată.

Obligația autorităților contractante de a emite documente constatatoare este prevăzută de art. 161 din HG nr. 394/2016. Același articol stabilește termenele în care autoritățile au obligația de a emite documentele, precum și faptul că acestea pot fi contestate potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004. Prin urmare, natura juridică a Documentului constatator nr. 62960/2019 este aceea de act

administrativ emis în executarea contractelor de achiziție publică, iar termenul pentru contestarea/anularea acestui document s-a împlinit, fără ca acest act să fie contestat sau anulat de către o instanță de judecată.

Prin urmare, pe calea prezentei contestații nu poate fi nici contestată, dar mai ales nu poate fi verificată legalitatea acestui document constatator, deoarece CNSC este investit cu o contestație la procedura de atribuire, nu cu o acțiune în anularea Documentului constatator nr. 62960/2019.

Pe de altă parte, a indicat acest document constatator printre motivele de excludere, dar nu este important înscrisul ca atare, cât starea de fapt consemnată în acest înscris, și anume întârziere în executarea lucrărilor ce formau obiectul Contractului sectorial de lucrări nr. 15/2018. Este evidentă astfel existența unei abateri, care i-a cauzat prejudicii, iar pentru nerespectarea obligației principale privind finalizarea lucrărilor în termenul contractual a calculat și solicitat contestatoarei penalități de întârziere.

Nu pot fi primite susținerile contestatoarei nici cu privire la așa zisele "declarații de reziliere" a Contractelor sectoriale de lucrări nr. 1111/28.11.2018, nr. 33/22.01.2018, respectiv nr. 36865/29.12.2017, întrucât:

În primul rând, în temeiul prevederilor art. 26.4 din fiecare din contractele arătate mai sus - prevederi care reprezintă pact comisoriu de gr IV acceptat prin semnarea contractelor - a transmis contestatoarei notificările de reziliere a contractelor, notificări prin care i-a învederat acesteia că încetarea contractului urmează a se produce la împlinirea celor 30 de zile calendaristice de la data primirii notificării (în cazul în care lucrările nu se finalizau în interiorul acestui termen). Lucrările nu au fost finalizate, astfel că încetarea fiecărui contract s-a produs de drept, la împlinirea celor 30 de zile din notificare (în fapt la data de 02.01.2021 pentru două dintre contracte, respectiv la data de 04.01.2021 pentru alt contract);

Dacă contestatoarea avea obiecțiuni sau nu era de acord cu rezilierea contractelor, considerând că nu are nici o culpă în ce privește nerespectarea obligațiilor sale contractuale, avea posibilitatea de a se adresa instanței de judecată cu o cerere prin care să contracareze efectele notificării de reziliere, înainte ca efectele notificării să se producă - conform prevederilor art. 34 Cod procedură civilă: la acea dată contestatoarea putea justifica promovarea oricărei acțiuni civile, conform prevederilor art. 33 Cod procedură civilă, deoarece este momentul la care exista interesul determinat, legitim, personal, născut și actual pentru exercitarea acțiunii în suspendarea/anularea efectelor notificării de reziliere a fiecărui contract.

Acțiunile ce au ca obiect anularea notificărilor de reziliere a contractelor se află pe rolul instanțelor de judecată, nefiind pronunțate

hotărâri pe fond sau cu caracter definitiv (pe rolul Tribunalului Bihor, dos. nr. .../111/2021, dos. .../111/2021 și .../111/2021) prin care să fie anulate aceste notificări. Aceste contracte au încetat de plin drept în baza pactului comisoriu de gr. IV.

Acțiunile formulate pe cale de ordonanță președințială având ca obiect suspendarea efectelor notificărilor de reziliere, au fost înregistrate fiecare la instanța de judecată la data de 05.02.2021, după ce a avut loc încetarea de drept a contractelor;

Cererile privind suspendarea notificărilor de reziliere aferente Contractelor nr. 1111/2018, respectiv nr.36865/2017 au fost respinse în mod definitiv prin soluțiile pronunțate în cadrul Dos. nr. .../111/2021, respectiv Dos. nr. .../111/2021 ale Curții de Apel

În mod inexplicabil, deși pe fond a fost respinsă cererea de ordonanță președințială formulată cu privire la suspendarea efectelor notificării de reziliere a Contractului nr. 33/2018, în apel, la data de 31.05.2021, această cerere a fost admisă prin soluția pronunțată de Curtea de Apel Oradea în cauza ce a format obiectul Dos. .../111/2018, deși, acțiunea a fost formulată/înregistrată la instanța de judecată după ce notificarea de reziliere și-a produs pe deplin efectele.

Dar această împrejurare nu schimbă situația de fapt existentă la data emiterii Deciziei nr. 1888/07.06.2021 privind excluderea contestatoarei din cadrul procedurii de atribuire ce face obiectul prezentei contestații, deoarece atât la data excluderii contestatoarei din cadrul procedurii de atribuire, cât și la data prezentei, situația de fapt avută în vedere la luarea deciziei de excludere este aceeași - respectiv ne aflăm în situația în care contestatoarea nu și-a respectat în mod repetat obligațiile asumate prin contactele încheiate cu ... SA în urma unor proceduri de achiziție publică, contracte care au încetat de drept în data de 02.01.2021, respectiv în data de 04.01.2021.

La motivele de excludere, susține entitatea, a arătat doar 4 situații, pe care le-a considerat suficiente în condițiile în care a fost pusă în situația de a rezilia/înceta de drept din culpa contestatoarei un număr de 3 contracte sectoriale, iar documentul constatator indicat (avut în vedere la excluderea din procedură) nu a fost contestat.

Mai mult decât atât, mai există în Document constatator negativ -Documentul constatator nr. 14565/05.03.2020 emis în executarea Contractului sectorial de lucrări nr. 17/2018, contract încheiat între contestatoarea din prezentul dosar și ... SA, dar care nu a fost luat în considerare datorită faptului că formează obiectul unui dosar (Dosar nr. .../111/2020, aflat pe rolul Tribunalului ...).

Față de aspectele învederate mai sus, care rezultă cu evidență din înscrisurile depuse la dosarul cauzei, în condițiile în care a avut mai multe contracte sectoriale de lucrări încheiate/în derulare cu contestatoarea, ... SA, în calitate de entitate contractantă și beneficiară a lucrărilor, a avut la dispoziție toate elementele/informațiile necesare

pentru a face o analiză pertinentă cu privire la credibilitatea/posibilitatea reală a contestatoarei de a duce la bun sfârșit și la termen lucrările ce fac obiectul procedurii de atribuire contestate.

În opinia sa, se află în situația reglementată de lege în care, pentru abaterile repetate și pentru încetarea anticipată a 3 contracte sectoriale de lucrări (lucrări începute în anul 2018 și nefinalizate nici în prezent), am luat decizia de excludere a recurente-reclamante de la procedura de atribuire, iar această excludere este legală și temeinică, întemeiată în drept pe dispozițiile art.180 alin. 1 lit. g coroborat cu prev. art. 180 alin. 6 din Legea nr. 101/2016.

În baza acelorași documente și a aceleiași stare de fapt, contestatoarea a fost exclusă de la un număr de 3 proceduri de atribuire, excluderi care au fost de asemenea contestate exclusiv pe cale judiciară-contestațiile ce au format obiectul Dos. .../111/2021, Dos. .../111/2021, .../111/2021 și Dos. .../111/2021, dosare declinate și soluționate toate de către Tribunalul ..., în sensul respingerii contestațiilor, după cum urmează: în mod definitiv în cadrul Dos. .../111/2021 de către Curtea de Apel ... prin Decizia nr. 615/24.05.2021 (anexată); în mod definitiv în cadrul Dos. .../111/2021, Tribunalul ... prin Sentința 1019/13.04.2021 anulând contestația ca netimbrată (anexată); pe fond, în cadrul Dos. .../111/2021, Tribunalul ... prin Sentința 981/09.04.2021, în termen de recurs (anexată); pe fond, în cadrul Dos. nr. .../111/2021, Tribunalul ... prin sentința civilă nr. 916/05.04.2021, cu termen fixat în data de 01.07.2021 la Curtea de Apel ... pentru soluționarea recursului declarat de către ... SRL.

Față de toate considerentele mai sus expuse, în condițiile în care la data emiterii Deciziei nr. 1888/07.06.2021 privind excluderea contestatoarei din cadrul procedurii de atribuire, Documentul constator nr.62960/20.09.2019 exista și nu a fost contestat niciodată, iar notificările de reziliere a Contractelor sectoriale de lucrări nr. 1111/28.11.2018, nr. 33/22.01.2018 respectiv nr. 36865/29.12.2017 își produsese efectele pe deplin, contractele fiind încetate de drept, entitatea contractantă apreciază că erau/sunt îndeplinite condițiile legale pentru a fi dispusă excluderea contestatoarei de la procedura de atribuire, în temeiul prevederilor art. 180 alin. 1 lit. g, coroborat cu prevederile art. 180 alin. 6 din Legea nr. 99/2016.

În probațiune, prin adresa înregistrat la C.N.S.C. sub nr. ..., au fost depuse, în copie, documente ale dosarului achiziției publice.

Entitatea contractantă a transmis la CNSC adresa nr. 149275/06.07.2021, înregistrată cu nr. ..., la care a anexat Documentul constator nr. 62960/20.09.2019.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

... SA, în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă în vederea atribuirii contractului de achiziție publică

având ca obiect „...” – LOT 1, CPV 45310000-3, prin publicarea, în S.E.A.P., a anunțului de participare ..., valoarea estimată fiind de 1.364.355,58 lei, iar cea a lotului nr. 1 contestat fiind de 531.827,76 lei, fără TVA; criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”.

Ulterior etapei de evaluare a ofertelor, entitatea contractantă a încheiat raportul procedurii nr. 1887/07.06.2021, în conținutul căruia, pentru lotul 1, se menționează că oferta contestatoarei a fost exclusă din procedură, în baza art. 180 alin. (1) lit. g) coroborat cu art. 180 alin. (6) din Legea nr. 99/ 2016. Comunicarea rezultatului procedurii s-a efectuat către contestatoare prin adresa nr. 1888/07.06.2016, împotriva căreia, nemulțumită fiind, societatea ... SRL a înaintat prezenta contestație solicitând cele menționate în partea introductivă.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată următoarele:

Din analiza conținutului contestației, Consiliul reține că autoarea ei critică modalitatea în care oferta sa a fost exclusă din procedura de atribuire în cauză, societatea ... SRL considerând că entitatea contractantă, „în mod nejustificat și abuziv”, a invocat prevederile art. 180 alin. (1) lit. g) și alin. (6) din Legea 99/2016.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de contestatoare, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini (părțile tehnice), formularele necesare și modelul contractului de achiziție, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, prin faptul că au depus ofertă, au fost acceptate de operatorii economici participanți, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire. La acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

În ceea ce privește oferta contestatoarei, Consiliul invocă dispozițiile art. 228 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, conform căroră *„În cadrul comunicării privind rezultatul procedurii prevăzute la [alin. \(1\)](#), entitatea contractantă are obligația de a cuprinde: (...) b) fiecărui ofertant respins, motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei sale”*.

Față de norma juridică de mai sus, Consiliul constată că, în cadrul comunicării rezultatului procedurii nr. 1888/07.06.2021, pentru lotul nr. 1, motivul de respingere a ofertei contestatoarei este următorul: *„(...) Având în vedere Documentul constatare nr. 62960 din 20.09.2019 din care rezultă modul nesatisfăcător de îndeplinire a contractului sectorial de lucrări nr. 15 din 2018, prin întârzierea cu 49 zile a termenului de finalizare lucrări; încetare de drept a contractelor sectoriale nr. 36865 din 2017, nr. 33 din 2018 și nr. 1111 din 2018 în baza notificării de reziliere, în conformitate cu art. 180 alin. 1 lit. g coroborat cu art. 180*

alin. 6 din Legea 99/2016, se exclude din procedura de atribuire operatorul economic ... SRL întrucât se află în situația în care și-a încălcat în mod repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract sectorial de lucrări, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a contractelor respective precum și la plata de daune-interese”.

În soluționarea cauzei, Consiliul are în vedere dispozițiile:

- art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, conform căroră: „Entitatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului sectorial/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 sectorial sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune- interese sau alte sancțiuni comparabile”;

- art. 180 alin. (6) din același act normativ: „În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. g), se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea obligațiilor privind livrarea produselor sau serviciilor, ori neexecutarea lucrărilor, livrarea unor produse sau servicii care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației avute în vedere de entitatea contractantă, ori executarea unor lucrări care nu respectă cerințele caietului de sarcini, sau un comportament necorespunzător care creează îndoieli serioase cu privire la credibilitatea operatorului economic.”

Consiliul reține că documentele pe care le invocă entitatea contractantă în justificarea deciziei sale de excludere a ofertei contestatoarei sunt:

1. Documentul constatator nr. 62960/20.09.2019 aferent Contractului de lucrări nr. 15/2018;

2. Împlinirea termenului de reziliere a Contractului sectorial de lucrări nr. 36865/2017;

3. Împlinirea termenului de reziliere a Contractului sectorial de lucrări nr. 33/3018;

4. Împlinirea termenului de reziliere a Contractului sectorial de lucrări nr. 1111/2018.

Din verificarea dosarului cauzei, Consiliul constată că aceste documente au făcut obiectul plângerilor contestatoarei către instanțe, de exemplu:

- Tribunalul ... –Sentința civilă nr. 916/05.04.2021 – prin care s-a respins cererea formulată de către SC ... SRL. În cadrul acestei sentințe se regăsesc, printre altele, următoarele precizări:

„Analizând cererea de chemare în judecată formulată, în baza probelor administrate, instanța reține că aceasta este neîntemeiată.

Astfel, se reține ca reclamanta a contestat pe cale directă procedura de excludere din cadrul procedurii simplificate online de atribuire a contractului sectorial de lucrări - Extindere rețea electrică în ..., anularea raportului procedurii și obligarea intimatului la emiterea unui nou raport în care să nu se mai regăsească excluderea reclamantei în temeiul art. 180 alin. 1 lit. g din Legea nr. 99/2016, referitoare la încălcarea în mod grav sau repetat a obligațiilor principale ce îi reveneau în cadrul contractelor de achiziție publică.

(...)

A apreciat reclamanta că documentele care fac referire la excluderea sa în baza temeiului reținut îi produc prejudicii ulterioare în viitoarele proceduri de achiziție publică, astfel este necesară înlăturarea temeiului excluderii.

Instanța apreciază că punctul de vedere a reclamantei nu poate fi înșușit în cauză.

Astfel, reține instanța că temeiul excluderii reclamantei din procedură a fost cel prevăzut de art. 180 alin. 1 lit. g din Legea nr. 99/2016, respectiv încălcarea în mod grav sau repetat a obligațiilor principale ce îi reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, a unui contract sectorial sau a unui contract de concesiune încheiat anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a contractelor, plata de daune interese sau alte sancțiuni comparabile.

Partea pârâtă a invocat în susținerea acestui temei de drept al excluderii : Documentul constatator nr. 62960/20.09.2019 aferent Contractului de lucrări nr. 15/2018, împlinirea termenului de reziliere a Contractului sectorial de lucrări nr.36865/2017, împlinirea termenului de reziliere a Contractului sectorial de lucrări nr.33/2018, împlinirea termenului de reziliere a Contractului sectorial de lucrări nr. 1111/2018.

Documentul constatator nr. 62960/20.09.2019 nu a fost contestat de reclamantă, astfel acesta nu poate fi luat în considerare decât în forma în care acesta se găsește în prezent, ca atare, cu toate efectele juridice ce decurg din acesta.(...)";

- Curtea de Apel ... – Decizia definitivă nr. 106/13.04.2021- prin care s-a respins apelul declarat de apelanta ... SRL;

- Curtea de Apel ... – Decizia definitivă nr. 143/C/11.05.2021 – prin care s-a respins ca nefondat apelul declarat de apelanta ... SRL;

- Curtea de Apel ... – Decizia civilă nr. 615/**24.05.2021** – prin care a respins „ca neîntemeiat recursul declarat de SC ... SRL ... împotriva sentinței civile nr. 986 din 12.04.2021 pronunțată în dosarul nr. .../111/2021 al Tribunalului ... pe care o menține în întregime. Decizia este definitivă”.

În conținutul acestei decizii instanța precizează, printre altele:

„(...) Unul dintre argumentele care stă la baza recursului formulat este faptul ca notificările de reziliere a contractelor sectoriale de lucrări nr. 36865/2017, nr. 33/3018, nr. 111/2018 și documentul constatator nr. 62960/20.09.2019 au fost emise în mod abuziv. În acest sens recurenta a făcut referire la faptul că au existat motive obiective care au împiedicat-o să își îndeplinească obligațiile și la faptul că autoritatea contractantă își acoperă propriile greșeli prin emiterea respectivelor acte.

În această privință este însă esențial faptul că obiectul prezentei cauze nu îl reprezintă anularea respectivelor acte și că până în prezent nu s-a constatat nelegalitatea sau caracterul abuziv al emiterii acestora. Actele în discuție nu au fost anulate și nu au fost înlăturate în niciun fel din ordinea juridică.

În consecință, nu există niciun motiv pentru a se face abstracție de existența acestora și nu poate fi considerat un exces de putere faptul că autoritatea contractantă le-a avut în vedere la emiterea deciziei de impunere.

Legat de acest aspect curtea observă că actele emise reprezintă în sine, din punct de vedere juridic, probe ale neîndeplinirii obligațiilor contractuale de către reclamantă, fiind irelevant faptul că susținerile reclamantei recurente nu au fost contrazise de intimată.

Un alt argument al reclamantei îl reprezintă faptul că, în speță, nu a existat o analiză a caracterului grav și repetat al abaterilor necesar pentru a se putea dispune excluderea reclamantei.

Or, în această privință, curtea observă că în speță nu a fost avut în vedere un act izolat ci trei notificări de reziliere și un document constatator emis în privința reclamantei. Față de caracterul și numărul acestor acte nu se poate considera că ar fi excesiv să se aprecieze că acestea denotă un caracter grav și repetabil al abaterilor reclamantei. Astfel, este de observat că notificările de reziliere presupun în sine existența unor abateri suficient de grave ca să conducă la încetarea unui contract. **Având în vedere, că este vorba în speță de mai multe astfel de acte nu poate fi un exces de putere aprecierea că sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art. 180 alin. 1 lit. g din Legea nr. 99/2016.**

Recurenta a arătat că potrivit raționamentului instanței de fond nu ar fi posibilă contestarea măsurilor dispuse în temeiul art. 180 alin. 1 lit. g din Legea nr. 99/2016 întrucât nu ar putea exista o analiză a îndeplinirii condițiilor impuse de art. 180 alin. 6 din Legea nr. 99/2016. Curtea constată însă că o astfel de analiză este oricum posibilă. Aceasta deoarece se poate analiza dacă abaterile conținute în actele avute în vedere denotă un caracter grav și repetat al acestora. Aceasta și în situația în care conținutul respectivelor acte nu poate să fie contestat în cadrul prezentei proceduri, ci în cadrul unor eventuale acțiuni în anulare separate.

Reclamanta recurentă a mai făcut referire la necesitatea de a i se acorda posibilitatea de a face proba că a luat măsurile necesare pentru ca astfel de abateri să nu se repete pe viitor. Reclamanta însă nu a prezentat propriu-zis măsuri luate în acest sens, ci a insistat pe caracterul nejustificat al măsurilor emise, la care am făcut referire anterior.

Cu privire la termenul de contestare a notificărilor emise de autoritatea contractantă, esențial în speță este faptul că indiferent în ce termen a contestat reclamanta și dacă ar fi trebuit sau nu să conteste anterior actele atacate, **acestea nu au fost până în prezent anulate neexistând deci niciun motiv să nu se țină cont de ele.**

Toate aceste considerente sunt valabile și prin raportare la Hotărârea CJUE invocată de reclamantă: (hotărârea Cjue din 13 decembrie 2012 în cauza C-465 (...)).

Astfel, reclamanta subliniază faptul că abaterea gravă trebuie să se raporteze la un comportament care să denote o intenție culpabilă sau o neglijență la o anumită gravitate din partea operatorului economic. Or, în speță notificările de reziliere presupun un astfel de comportament, respectiv neîndeplinirea obligațiilor contractuale de o manieră care să justifice încetarea contractului. De asemenea, recurenta a subliniat că este necesar să se evalueze concret situația operatorului economic în cauză. **Or, în speță situația concretă a reclamantei, respectiv existența celor trei notificări de reziliere și a documentului constatator, conduce la concluzia îndeplinirii condițiilor prevăzute de art. 180 alin. 1 lit. f din Legea nr. 99/2016. (...)**”.

Având în vedere cele prezentate anterior, respectiv faptul că s-a stabilit, de către instanța în mod definitiv, faptul că, în ceea ce privește contestatoarea sunt incidente dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 99/2016, Consiliul constată că entitatea contractantă a exclus, în mod corect, oferta acesteia din prezenta procedură de atribuire, în baza acestei norme legale.

Legat de acest aspect, Consiliul ține seama de faptul că societatea ... SRL a cunoscut deciziile instanțelor menționate anterior, în special Decizia civilă nr. 615/**24.05.2021**, emisă de Curtea de Apel ..., înainte de aflarea rezultatului procedurii de atribuire în cauză, care i-a fost comunicat cu adresa nr. 1888 din **07.06.2021**, iar în cadrul contestației sale nu face vorbire despre acestea.

Relevante, în acest caz, sunt și precizările entității contractante din punctul său de vedere nr. 133623/18.06.2021, înregistrat la CNSC cu nr. ..., respectiv:

„(...) În baza aceluiași documente și a aceleiași stare de fapt, contestatoarea a fost exclusă de la un număr de 3 proceduri de atribuire, excluderi care au fost de asemenea contestate exclusiv pe cale judiciară – ne referim la contestațiile ce au format obiectul Dos. .../111/2021, Dos. .../111/2021, .../111/2021 și Dos. .../111/2021, dosare declinate și soluționate toate de către Tribunalul ..., în sensul respingerii contestațiilor, după cum urmează: în mod definitiv în cadrul Dos. .../111/2021 de către Curtea de Apel ... prin Decizia nr. 615/ 24.05.2021 (anexată); în mod definitiv în cadrul Dos. .../111/2021, Tribunalul ... prin Sentința 1019/13.04.2021 anulând contestația ca netimbrată (anexată); pe fond, în cadrul Dos. .../111/2021, Tribunalul ... prin Sentința 981/09.04.2021, în termen de recurs (anexată); pe fond, în cadrul Dos. nr. .../111/2021, Tribunalul ... prin sentința civilă nr. 916/05.04.2021, cu termen fixat în data de 01.07.2021 la Curtea de Apel ... pentru soluționarea recursului declarat de către ... SRL.(...)”

Față de toate considerentele mai sus expuse, în condițiile în care la data emiterii Deciziei nr. 1888/07.06.2021 privind excluderea contestatoarei din cadrul procedurii de atribuire, Documentul constatator nr.62960/20.09.2019 exista și nu a fost contestat niciodată, iar

notificările de reziliere a Contractelor sectoriale de lucrări nr. 1111/28.11.2018, nr. 33/22.01.2018 respectiv nr. 36865/29.12.2017 își produsese efectele pe deplin, contractele fiind încetate de drept, entitatea contractantă apreciază că erau/sunt îndeplinite condițiile legale pentru a fi dispusă excluderea contestatoarei de la procedura de atribuire, în temeiul prevederilor art. 180 alin. 1 lit. g, coroborat cu prevederile art. 180 alin. 6 din Legea nr. 99/2016. (...)”,

care nu au fost combătute de către contestatoare, cu toate că acest punct de vedere a fost comunicat și societății ... SRL, potrivit dovezilor existente la dosar.

În concluzie, Consiliul va respinge ca neîntemeiate afirmațiile contestatoarei conform cărora entitatea contractantă nu ar fi demonstrat că societatea sa ar fi încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale care-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice sau al unui contract sectorial, deoarece deciziile instanțelor contrazic aceste afirmații.

Având în vedere aspectele de fapt și de drept mai sus prezentate, în temeiul art. 26 alin. (6) 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, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de către societatea ... SRL, în contradictoriu cu entitatea contractantă ... SA, pentru lotul 1.

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

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de ... SRL, cu sediul în ..., în contradictoriu cu entitatea contractantă ... SA, cu sediul în ..., pentru lotul nr. 1.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii, se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 29 din Legea nr. 101/2016.

Președinte,

Membru,

Membru,

...
...

...
...

...
...

Redactată în 4(patru) exemplare originale, conține ... pagini.