



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsr.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ... / ... / ...

Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. .../..., depusă de SC ... SRL, cu sediul în ..., număr de înregistrare în registrul comerțului ..., reprezentată legal de domnul ... - administrator și convențional de domnul avocat ..., cu sediul profesional în ..., adresă aleasă pentru comunicarea actelor de procedură, privind procedura simplificată pentru atribuirea contractului de lucrări de reabilitare și modernizare de drumuri în cadrul proiectului de reabilitare și modernizare DC 6 și DC 53, ..., județul ... (rest de executat), cod CPV 45233120-6, cu data-limită de depunere a ofertelor ..., organizată de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea rezultatului evaluării ofertei sale și obligarea autorității la reevaluarea corectă a ofertei.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul SC ... SRL reclamă decizia autorității contractante ... de respingere ca neconformă a ofertei sale, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că a indicat în DUAE existența

documentelor constatatoare negative nr. ... și .../ ..., față de care autoritatea i-a solicitat să depună dovezi, în sensul art. 171 din Legea nr. 98/2016, precum și explicații legate de eventuala suspendare a efectelor documentelor constatatoare. În contextul în care respingerea ofertei ca inacceptabilă nu este prevăzută de lege pentru temeiul juridic invocat de comisia de evaluare [art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016], contestatoarea solicită anularea respingerii. Motivele aduse de autoritate nu justifică existența unei abateri grave din partea contestatoarei pentru fapta din cele două documente constatatoare negative. Comisia de evaluare nu a făcut o apreciere concretă și individualizată a atitudinii societății, precum și a răspunsului de clarificare.

Deși art. 171 alin. (3¹) și (3²) din Legea nr. 98/2016:

(3¹) Autoritatea contractantă evaluează măsurile luate de operatorii economici și dovedite în conformitate cu prevederile alin. (3), ținând seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale infracțiunii sau abaterii avute în vedere.

(3²) În cazul în care măsurile prevăzute la alin. (3¹) sunt considerate insuficiente de către autoritatea contractantă, aceasta transmite operatorului economic o expunere a motivelor care au condus la luarea deciziei de excludere a acestuia din procedura de atribuire.

au fost introduse prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 114/2020, jurisprudența anterioară lor confirmă existența obligației de evaluare a gravității abaterii. În plus, conform art. 166 alin. (6) din normele anexate Hotărârii Guvernului 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. (1) lit. g) din Lege.

Sanctiunea excluderii nu operează automat, ca urmare a emiterii unui certificat constatator negativ.

În sensul efectuării unei analize de la caz la caz a motivului care ar justifica excluderea din procedură și a dovezilor prezentate de operatorul economic s-a pronunțat și Curtea de Justiție a Uniunii Europene, în Hotărârea din 30 ianuarie 2020, cauza C-395/18, precum și în Hotărârea din 13 decembrie 2012, cauza C-465/11.

SC ... SRL a contestat cele două documente constatatoare negative, însă nu a solicitat/obținut suspendarea efectelor lor, în temeiul Legii nr. 554/2004. Documentele încă nu produc efecte, nefiind publicate în SEAP, deoarece nu sunt definitive, chiar dacă au fost declarate în DUAE, pentru deplină transparență. Neavând caracter definitiv, documentele nu pot face dovada neîndeplinirii unor obligații de către SC ... SRL, deci nu este îndeplinită condiția impusă de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016. Chiar dacă s-ar pleca de la premisa că documentele constatatoare produc efecte de la data emiterii, nu de la data publicării, existența lor nu atrage sancțiunea excluderii.

Conform art. 171 alin. (3) din lege: „Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art.

164 și 167 le poate furniza autorității contractante, în sensul prevederilor alin. (1), se referă la [...] clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau altă faptă ilicită [...].”, or, reclamanta a procedat în consecință, oferind autorității contractante clarificările necesare pentru ca aceasta să poată aprecia cu privire la gravitatea încălcării obligațiilor contractuale.

Documentul atașat în anexa nr. 2 la răspunsul nr. 652/15.07.2020 la solicitarea de clarificări confirmă că, în speță reprezentantul legal al Județului Harghita, și-a manifestat neechivoc voința în sensul încetării contractului prin acord, nu în sensul rezilierii contractului. Cu toate acestea, manifestarea de voință a fost greșit transpusă de aparatul administrativ, fiind emise acte privind rezilierea contractului (notificarea nr. .../... privind rezilierea de drept a acordului-cadru nr. ../.../... și notificarea nr. .../... privind rezilierea de drept a acordului-cadru nr. ../.../...).

Document edificator în sensul art. 168 alin. (1) din Legea nr. 98/ 2016 reprezintă și cel din anexa nr. 7 la răspunsul nr. .../ ..., prin care ... recunoaște creșterea semnificativă a prețului lucrărilor. Lipsa semnării contractului subsecvent nu era un abuz din partea societății. Nu a refuzat semnarea contractului subsecvent, ci a arătat importanța aprobării ajustării de preț solicitate, astfel încât să fie asigurată executarea contractului în condiții de profitabilitate pentru ambele părți contractante.

Nici chiar autoritatea contractantă care a emis documentele constatatoare negative (...) nu consideră incidente prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, întrucât, după emiterea acestor documente, a încheiat alte contracte de achiziție publică cu societatea:

Nr. crt.	Denumire contract	Nr. și data contract/ acord cadru
1.	Acord-cadru de lucrări pentru „întreținere curentă și periodică - plombări și covoare bituminoase - pe drumurile județene - ..., pentru perioada 2019-2020” Lot nr. 1- zona ..	.../...
2.	Acord-cadru de lucrări pentru „întreținere curentă și periodică - plombări și covoare bituminoase - pe drumurile județene - județul Harghita, pentru perioada 2019-2020” Lot nr. 2- zona ... Asocierea ... S.R.L.-... S.R.L.	.../...
3.	Modernizare sistem rutier pe DJ 135, limita județului ..., km 45+400-57+500	.../...
4.	Reabilitare DJ 123, km 7+000-21+500, inclusiv refacerea drumului la km 7+900-7+940 și repararea a 4 podețe afectate de inundațiile din perioada 7 iunie-4 iulie 2016	.../...
5.	Reabilitare DJ 127, județul ..., km 8+921 - 30+500	.../...
6.	Reabilitare DJ 127A, km 40+585-59+071, inclusiv reparația/reconstrucția /refacerea lucrărilor de artă	.../...

	afectate de inundațiile din perioada 7 iunie - 4 iulie 2016 Lot 3 Construcție pod la km 59+007, km 54+690, km 49+900, km 49+179	
7-	Reabilitare DJ 133, între limita cu județul ... și intersecția cu DC15, km 15+000 -16+396	.../...
8.	Reabilitare sistem rutier DJ 123F, km 1+348 - 3+093	.../...
9.	Reabilitarea sistemului rutier pe DJ 134A km 5+7007+000	.../...
10.	Reabilitare sistem rutier pe DJ 153D, sector km 1+000 - 4+500	.../...

Unele dintre aceste contracte au obiect identic cu cele care au făcut obiectul contractelor de la baza documentelor constatatoare negative (întreținere curentă și periodică - plombări și covoare bituminoase - pe drumurile județene).

Rezultă că nici autoritatea contractantă care a emis documentele constatatoare negative nu consideră incidente prevederile art. 167 alin. (1) lit. g).

Evaluarea realizată de comisia de evaluare a fost excesiv de formalistă și s-a efectuat cu încălcarea flagrantă a principiului proporționalității. Constatările sunt formaliste și cu interpretarea eronată a legii și a documentației de atribuire.

În punctul său de vedere nr. .../... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. .../..., autoritatea contractantă susține în apărare că, în urma analizării DUAE depuse de SC ... SRL și SC ... SRL, comisia de evaluare a constatat că ambii ofertanți au declarat existența unor documente constatatoare negative în cadrul secțiunii *Motive de excludere referitoare la procedura de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale*, context în care au fost formulate solicitări de clarificări, la care ambii ofertanți au răspuns în termen. Comisia a formulat noi solicitări de clarificări, iar din răspunsurile primite a reieșit că ofertanții nu au obținut suspendarea sau anularea documentelor. Comisia a considerat necesar a solicita ..., emitentul documentelor, detalii despre valabilitatea lor, având în vedere faptul că nu erau publicate în SEAP.

În urma analizării tuturor răspunsurilor, comisia a declarat inacceptabile ofertele SC ... SRL și SC ... SRL, motivele fiind reținute în procesul-verbal nr. .../....

Deși, conform art. 61¹ din Legea 101/2016, contestația trebuia însoțită de dovada constituirii cauțiunii, sub sancțiunea respingerii, SC ... SRL nu a făcut dovada constituirii cauțiunii la ..., ci la ...0, conform portalului Consiliului.

Comisia de evaluare a solicitat ofertanților să prezinte dovezi care să arate că măsurile luate sunt suficiente pentru a demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

SC ... SRL a prezentat documente din care reiese contextul emiterii documentelor constatatoare negative, precum și documente depuse la instanța de judecată, acțiune prin care a solicitat anularea acestora. Comisia de evaluare a analizat documentele depuse,

având în vedere art. 171 alin. (3) din lege, potrivit căruia: „Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 le poate furniza autorității contractante, în sensul prevederilor alin. (1), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită.” Documentele transmise de ofertant nu pot fi interpretate ca fiind dovezi în sensul redat, deoarece nu reiese că acesta ar fi întreprins diligențe în vederea efectuării plății prejudiciului stabilit sau că și-a asumat prejudiciul stabilit prin documentele constatatoare. Mai mult, din documentele prezentate reiese că refuzul ofertantului de a semna contractele subsecvente cu ... a condus la rezilierea acordurilor-cadru nr. ... și .../.... Nu reiese că a solicitat și obținut în instanță suspendarea actelor administrative, în speță documentele constatatoare nr. ... și .../..., emise de

Litigiul privind anularea actelor administrative nu este încă soluționat de instanță.

Documentele constatatoare emise de autoritățile publice sunt încadrate în categoria actelor administrative, producând efecte de la data emiterii lor și aducerea la cunoștința părților.

Comisia de evaluare a întreprins toate demersurile legale, a verificat situația de fapt, a analizat împrejurările în care au fost emise documentele constatatoare, precum și faptul că acestea se bucură de prezumția de legalitate, până la suspendarea aplicării lor sau a anulării, context în care, prin prisma art. 167 alin (1) lit. g) și a art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016, decizia comisiei de evaluare de a respinge ofertele depuse de SC ... SRL și SC ... SRL sunt întemeiate.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ..., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ..., autoritatea contractantă ... a inițiat o procedură simplificată în vederea achiziționării de lucrări de reabilitare și modernizare de drumuri în comună, în cadrul proiectului de reabilitare și modernizare DC 6 și DC 53, lucrări estimate valoric la ... lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ..., alături de anunțul de invitare la competiție.

La procedură s-au prezentat trei operatori economici, între care și SC ... SRL, a cărei ofertă a fost respinsă de autoritate ca inacceptabilă, constatând că ofertantul se află în situația de la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, coroborată cu art. 137

alin. (2) lit. b) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016. Împotriva acestui rezultat, pentru motivele evocate mai sus, SC ... SRL a investit Consiliul, în termenul legal de șapte zile de la primirea comunicării nr. .../..., cu soluționarea contestației care formează obiectul prezentei cauze.

Reclamanta a furnizat Consiliului dovada constituirii cauțiunii, în temeiul art. 61 ind. 1 din Legea nr. 101/2016, respectiv originalul recipisei de consemnare nr. .../..., emisă de ... SA, Sucursala ..., pentru suma de ... lei, în acord cu temeiul invocat. Recipisa de consemnare a fost transmisă Consiliului în original, la 10.08.2020, prin serviciul de curierat ... (...) și înregistrată în registrul de evidență al Consiliului la poziția .../.... În consecință, obiecțiunile autorității vizavi de absența cauțiunii în termen sunt lipsite de fundament.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de lucrări, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru SC ... SRL. 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 concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016 – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și art. 123 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (relevantă în acest sens este decizia nr. ...din a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal, sau decizia nr. ... din ... a Curții de Apel Oradea, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

În aceeași direcție, Curtea de Apel Iași, Secția de contencios administrativ și fiscal, a reținut în decizia nr. ... din ... că cerințele

riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă. Raportat la obiectivul general constând în prevenirea și sancționarea încălcării dispozițiilor legale în materia procedurilor de achiziție publică, nu i se poate reproșa autorității contractante că a analizat ofertele participanților la procedură în raport de cerințele minime de participare necontestate, sancționând neîndeplinirea acestora.

În jurisprudența sa, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a stabilit că autoritatea adjudecătoare trebuie să interpreteze criteriile în același fel pe parcursul întregii proceduri. Principiul egalității de tratament presupune ca toți participanții la o procedură de atribuire să beneficieze de aplicarea acelorași condiții impuse de autoritate, astfel încât să se garanteze că este înlăturat orice risc de favoritism și de arbitrar din partea autorității. Acest principiu impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții (*ex pluribus*, Ordonanța din 10 noiembrie 2016, Spinoso Costruzioni Generali și Melfi, C-162/16, EU:C:2016:870, punctul 23). Curtea a reiterat, la punctul 34 din Hotărârea din 13 iulie 2017, Ingsteel și Metrostav (C-76/16, EU:C:2017:549), că „principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență, care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și normal de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (Hotărârea din 2 iunie 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 36, precum și jurisprudența citată)”.

Trebuie amintit că, în cazul în care, în cadrul unei proceduri de „cerere de ofertă”, autoritatea contractantă definește condițiile pe care intenționează să le impună ofertanților, aceasta limitează exercitarea propriei puteri de apreciere și nu poate de altfel să se

abată, față de vreun ofertant, de la condițiile pe care le-a definit

astfel fără să încalce principiul egalității de tratament între ofertanți (Ordonanța președintelui Tribunalului Uniunii Europene din 4 decembrie 2014, Vanbreda Risk & Benefits/Comisia, T-199/14 R, EU:T:2014:1024, punctul 96, și Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 20 martie 2013, Nexans France/Entreprise commune Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, punctul 80). Și autorităților contractante le revine obligația de a garanta aplicarea dreptului Uniunii cu ocazia adoptării deciziilor lor și de a lăsa neaplicate, dacă este necesar, dispozițiile naționale care ar contraveni celor ale dreptului Uniunii care au efect direct (a se vedea, în acest sens, Hotărârea din 22 iunie 1989, Costanzo, 103/88, EU:C:1989:256, punctele 30-33, Hotărârea din 14 octombrie 2010, Fuß, C-243/09, EU:C:2010:609, punctele 61 și 63, Hotărârea din 4 decembrie 2018, Minister for Justice and Equality și Commissioner of An Garda Síochána, C-378/17, EU:C:2018:979, punctele 36 și 38, precum și Hotărârea din 21 ianuarie 2020, Banco de Santander, C-274/14, EU:C:2020:17, punctul 78).

Depășind această introducere de subliniere a importanței conformării întru totul la regulile impuse de autoritate în documentația de atribuire, conformare ce reprezintă regula în sistemul de atribuire a contractelor de achiziție publică, asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul ia act că rezultatul evaluării ofertei reclamantei a fost stabilit de autoritate prin procesul-verbal nr. .../..., rezultat comunicat în aceeași zi. La ..., SC ... SRL a reacționat prin formularea contestației la Consiliu și la autoritatea achizitoare, în interiorul termenului legal de contestare.

La originea divergenței dintre părțile litigante se află respingerea ofertei contestatoarei din cauza existenței a două documente constatatoare care consemnează abateri profesionale ale contestatoarei, iar explicațiile aduse autorității nu au fost relevante pentru aceasta.

În speță, niciuna dintre părți nu tăgăduiește că SC ... SRL deține două documente constatatoare „negative”, din partea Consiliului Județean Harghita, respectiv documentele nr. ... și .../..., care probează rezilierea acordurilor-cadru nr. .../... și nr. .../..., din cauză că asocierea din care făcea parte societatea a refuzat să semneze contractele subsecvente, motivul refuzului consemnat în documentele constatatoare fiind: *„constructorul solicită ajustarea prețului materialelor care nu erau prevăzute în acordul-cadru”* (pct. 4 din documentele constatatoare). În primul document este menționat un prejudiciu produs sau care ar fi putut fi produs de ...

lei, cu TVA, iar în cel secund de ... lei, cu TVA, reprezentând valoarea contractelor subsecvente refuzate la semnare.

În aparență, situația factuală expusă se pliază întocmai celei de la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 [în redactarea aplicabilă achiziției]:

Art. 167. - (1) **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;

Documentele constatatoare – valabile juridic indiferent că nu sunt postate în SEAP – sunt semnate de patru persoane, inclusiv de către președintele ..., și confirmă că asocierea SC ... SRL - SC ... SRL a refuzat semnarea a două contracte subsecvente, refuz ce reprezintă, în aparență, o încălcare gravă a obligației principale ce-i revenea în baza acordurilor-cadru [prima ipoteză a art. 167 alin. (1) lit. g)], cât și două fapte distincte, pentru fiecare acord-cadru în parte [ipoteza secundă a art. 167 alin. (1) lit. g)].

În normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 se prevede, la art. 144:

(1) Fără a afecta prevederile art. 143 alin. (2), refuzul nemotivat al ofertantului declarat câștigător de a semna contractul de achiziție publică/acordul-cadru este asimilabil situației prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege.

(2) În situația prevăzută la alin. (1) sunt aplicabile dispozițiile art. 166 alin. (2).

În speță, refuzul menționat de ... nu este unul nemotivat, ci motivat de necesitatea ajustării prețurilor, însemnând că art. 144 redat nu este incident.

În procesul de evaluare preliminară a calificării ofertantei, autoritatea a înaintat acesteia două solicitări de clarificare a situației, inclusiv Consiliului Județean Harghita, ținând seama de art. 171 din legea achizițiilor publice:

Art. 171. - (1) 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. (1) 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. (1), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația, și la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, cum ar fi

eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite.

(3¹) Autoritatea contractantă evaluează măsurile luate de operatorii economici și dovedite în conformitate cu prevederile alin. (3), ținând seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale infracțiunii sau abaterii avute în vedere.

(3²) În cazul în care măsurile prevăzute la alin. (3¹) sunt considerate insuficiente de către autoritatea contractantă, aceasta transmite operatorului economic o expunere a motivelor care au condus la luarea deciziei de excludere a acestuia din procedura de atribuire.

[...]

Noțiunea „abateră gravă” trebuie să fie înțeleasă ca referindu-se, în mod normal, la un comportament al operatorului economic în cauză care denotă o intenție culpabilă sau o neglijență de o anumită gravitate din partea sa. Astfel, orice executare incorectă, imprecisă sau defectuoasă a unui contract sau a unei părți din acest contract poate demonstra, eventual, o competență profesională limitată a operatorului economic în cauză, dar nu echivalează în mod automat cu o abatere gravă. În plus, constatarea existenței unei „abateri grave” necesită, în principiu, *efectuarea unei aprecieri concrete și individualizate a atitudinii operatorului economic în cauză*. – sunt paragrafe din Hotărârea din 13 decembrie 2012 a Curții de Justiție a Uniunii Europene, cauza C-465/11, Forposta SA, ABC Direct Compact sp. z o.o împotriva Poczta Polska S.A., reiterate de Curtea Constituțională a României în Decizia nr. 498 din 4 iulie 2017.

Posibilitatea de care dispune orice autoritate contractantă de a exclude un ofertant de la o procedură de achiziții publice este menită în special să îi permită să aprecieze integritatea și fiabilitatea fiecăruia dintre ofertanți (a se vedea în acest sens Hotărârea din 19

iunie 2019, Meca, C-41/18, punctul 29). Așadar, și ... beneficia de o

anumită doză de apreciere a integrității și fiabilității fiecăruia dintre ofertanții asociați cu documente constatatoare „negative” (SC ... SRL și SC ... SRL).

În Hotărârea din 19 iunie 2019, precitată, Curtea adaugă:

30. Într-adevăr, după cum a subliniat domnul avocat general la punctele 42 și 43

din concluzii, aceste două motive de excludere au la bază un element esențial al relației dintre ofertantul câștigător al contractului și autoritatea contractantă, și anume fiabilitatea primului, pe care se întemeiază încrederea acordată acestuia de autoritatea respectivă. Astfel, considerentul (101) primul paragraf al acestei directive enunță că

autoritățile contractante au posibilitatea de a exclude „operatorii economici care s-au

dovedit a nu fi fiabili”, în timp ce al doilea paragraf ia în considerare, în executarea contractelor de achiziții publice anterioare, „un comportament necorespunzător care aruncă îndoieli serioase cu privire la fiabilitatea operatorului economic”.

31. În al patrulea rând, potrivit articolului 57 alineatul (5) din Directiva 2014/24, autoritățile contractante trebuie să poată exclude un operator economic „în orice

moment în cursul procedurii”, iar nu numai după ce o instanță judecătorească și-a

pronunțat hotărârea, ceea ce constituie un indiciu suplimentar al voinței legiuitorului Uniunii de a permite autorității contractante să își facă propria apreciere cu privire la faptele comise sau omise, fie înainte, fie în cursul procedurii de achiziții, în una dintre situațiile menționate la articolul 57 alineatul (4) din această directivă.

32. În sfârșit, dacă o autoritate contractantă ar trebui să fie în mod automat

ținută de o apreciere făcută de un terț, i-ar putea fi dificil să acorde o atenție deosebită

principiului proporționalității în momentul aplicării cauzelor de excludere facultative. Or, potrivit considerentului (101) din Directiva 2014/24, acest principiu implică în special ca, înainte de a decide excluderea unui operator economic, o astfel de autoritate să ia în considerare caracterul minor al neregulilor săvârșite sau repetarea unor nereguli minore.

33. Astfel, reiese în mod clar, după cum a arătat domnul avocat general la punctele 35 și 36 din concluziile sale, că puterea de apreciere a statelor membre nu este absolută și că, odată ce un stat membru decide să includă una dintre cauzele de excludere facultative prevăzute de Directiva 2014/24, acesta trebuie să respecte caracteristicile sale esențiale, astfel cum sunt menționate în directivă. Specificând că statele membre precizează „condițiile de aplicare a prezentului articol”, „cu respectarea dreptului Uniunii”, articolul 57 alineatul (7) din Directiva 2014/24 le împiedică pe acestea să denatureze cauzele de excludere facultative stabilite la această dispoziție sau să ignore obiectivele sau principiile care inspiră fiecare dintre aceste cauze.

34. Or, astfel cum s-a arătat la punctul 28 din prezenta hotărâre, reiese din textul

articolului 57 alineatul (4) din Directiva 2014/24 că legiuitorul Uniunii a intenționat să încredințeze autorității contractante, și doar acesteia, în faza de selecție a ofertanților, sarcina de a aprecia dacă un candidat sau un ofertant trebuie să fie exclus de la o procedură de achiziții publice.

35. Pe baza considerațiilor care precedă trebuie să se răspundă instanței de trimitere.

36. Astfel cum reiese din decizia de trimitere, articolul 80 alineatul 5 litera c) din Codul privind contractele de achiziții publice abilitează o autoritate contractantă să

excludă dintr-o procedură de cerere de ofertă un operator economic atunci când, printre

altele, aceasta demonstrează, prin mijloace adecvate, în primul rând, că acest operator

s-a făcut vinovat de abateri profesionale grave de natură să pună sub semnul întrebării

integritatea sau fiabilitatea sa, în al doilea rând, că aceste abateri profesionale grave, care pot rezulta din deficiențe semnificative survenite în timpul executării unui contract anterior de achiziții publice, au condus la rezilierea contractului încheiat cu autoritatea contractantă, la acordarea de daune interese sau la o altă sancțiune comparabilă și, în al treilea rând, că această reziliere nu a fost atacată în instanță sau a fost confirmată în urma unei proceduri jurisdicționale.

37. Este evident că o dispoziție națională precum articolul 80 alineatul 5 litera c) din Codul privind contractele de achiziții publice nu este de natură să mențină efectul util al cauzei de excludere facultative prevăzute la articolul 57 alineatul (4) litera (c) sau (g) din Directiva 2014/24.

38. Astfel, puterea de apreciere pe care articolul 57 alineatul (4) din Directiva 2014/24 o conferă autorității contractante este paralizată prin simplul fapt al introducerii de către un candidat sau un ofertant a unei acțiuni îndreptate împotriva rezilierii unui contract anterior de achiziții publice al cărui semnatar era, chiar dacă comportamentul său a părut suficient de deficient pentru a justifica această reziliere.

39. În plus, o normă precum cea prevăzută la articolul 80 alineatul 5 litera c) din Codul privind contractele de achiziții publice nu încurajează în mod vădit un ofertant câștigător, vizat de o decizie de reziliere a unui contract anterior de achiziții publice, să adopte măsuri corective. În această măsură, o astfel de regulă este susceptibilă să încalce dispozițiile articolului 57 alineatul (6) din Directiva 2014/24.

40. Astfel, această directivă inovează în special prin consacrarea, la articolul 57

alineatul (6), a mecanismului măsurilor corective (self-cleaning). Acest sistem, care se

aplică operatorilor economici care nu au fost excluși printr-o hotărâre definitivă,

urmărește să încurajeze un operator economic care se află într-una din situațiile

menționate la articolul 57 alineatul (4) din directiva respectivă, să furnizeze dovezi pentru a atesta că măsurile luate sunt suficiente pentru a dovedi fiabilitatea sa, în ciuda existenței unei cauze de excludere facultative pertinente. Dacă aceste dovezi sunt considerate suficiente, operatorul economic în cauză nu trebuie să fie exclus din procedura de achiziții. În acest scop, operatorul economic trebuie să dovedească că a

plătit sau s-a angajat să plătească o compensație în ceea ce privește eventualele

prejudicii cauzate prin infracțiune sau prin abatere, că a clarificat complet faptele și împrejurările, cooperând activ cu autoritățile însărcinate cu investigația, și că a luat măsuri concrete la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, adecvate pentru a preveni orice noi infracțiuni sau abateri.

41. În această privință, măsurile corective subliniază, astfel cum a arătat domnul avocat general la punctul 44 din concluziile sale, importanța acordată fiabilității operatorului economic, acest element influențând profund cauzele de excludere referitoare la caracteristicile subiective ale ofertantului.

42. Prin urmare, având în vedere cele ce precedă, trebuie să se răspundă la întrebarea adresată că articolul 57 alineatul (4) literele (c) și (g) din Directiva 2014/24

trebuie interpretat în sensul că se opune unei reglementări naționale în temeiul căreia introducerea unei acțiuni în justiție împotriva deciziei de reziliere a unui contract de achiziții publice luate de o autoritate contractantă ca urmare a unor deficiențe semnificative survenite în timpul executării sale împiedică autoritatea contractantă care lansează o nouă cerere de ofertă să facă vreo apreciere, în faza de selecție a ofertanților, cu privire la fiabilitatea operatorului vizat de această reziliere.

În speța de față, raportat la cauza comună și de notorietate care a dus la neîncheierea contractelor subsecvente de către asocierie cu ..., respectiv modificările costurilor implicate de executarea contractelor, forul administrativ de jurisdicție apreciază că integritatea și fiabilitatea fiecăruia dintre cei doi ofertanți asociați nu au fost afectate în asemenea măsură încât să pericliteze îndeplinirea contractul supus licitației de către

Nu s-a făcut nicio dovadă că respectivul ... ar fi pretins asocierii daune-interese pentru rezilierea acordului-cadru din culpa asocierii și că aceasta este debitoarea lor. De altminteri, însuși ... a semnat, ulterior documentelor constatatoare, alte contracte/acorduri-cadru cu SC ... SRL, ceea ce vine să confirme poziția forului jurisdicțional că societatea contestatoare de bucură de încredere și fiabilitate, în continuare.

Cum s-a arătat, potrivit art. 171 din legea achizițiilor, orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere, iar dovezile furnizate de, coroborate cu poziția adoptată chiar de către ..., sunt suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității ..., în executarea viitorului contract de reabilitare și modernizare de drumuri în comună, context în care autoritatea contractantă nu ar fi trebuit să excludă acest operator economic din procedura de atribuire.

Cele 159 de file ale răspunsului nr. .../..., citite împreună cu cele 158 de file ale răspunsului nr. .../..., chiar dacă se dublează în mare parte, reflectă fiabilitatea și credibilitatea SC ... SRL, prin prisma art. 171 din legea achizițiilor publice, respectiv că încetarea nedorită a acordurilor-cadru nr. .../... și nr. .../... a reprezentat un „accident” în activitatea antreprenorului de construcții, care activează din anul 1994.

Nici prin argumentarea probatorie din punctul de vedere nr. 1086/11.08.2020 și nici prin mijloacele de probă anexate lui, contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) și art. 249 C. proc. civ., care impun părților să susțină cu mijloace de probă cele ce afirmă în fața Consiliului, organizatoarea ... nu reușește să formeze convingerea organului jurisdicțional și să probeze cu date certe că SC ... SRL, cu o cifră de afaceri netă pe anul trecut de ... lei și o medie de 141 de salariați (indicatori publici din situațiile financiare anuale la 31 decembrie 2019 depuse la unitățile teritoriale ale Ministerului Finanțelor Publice conform Ordinului ministrul finanțelor

publice nr. ...) și-a pierdut credibilitatea și fiabilitatea în asemenea măsură încât să nu poată derula în bune condiții contractul aflat în procedură de atribuire de către comună, care nu este unul complex pentru o companie profesionistă și cu experiență substanțială în domeniul lucrărilor de construcții, oricare ar fi ea.

Considerentele de mai sus nu aduc atingere concluziei judicioase a ..., în sensul existenței unei prezumții de legalitate a documentelor constatatoare „negative” nr. ... și .../..., documente pe care însuși ... le consideră neesențiale asupra credibilității și fiabilității SC ... SRL, din moment ce îi atribuie în continuare contracte (nu o exclude din propriile proceduri de atribuire).

Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 2970 din 11 iunie 2007, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 768 din 13 noiembrie 2007, a reținut că, în sensul Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, actul administrativ are semnificația unui act unilateral cu caracter individual sau normativ, emis de o autoritate publică în vederea executării ori a organizării executării legii, dând naștere, modificând sau stingând raporturi juridice. Elementul central al regimului juridic al actelor administrative îl reprezintă legalitatea, înțeleasă ca fiind conformarea acestora cu legile adoptate de Parlament, precum și cu actele administrative cu o forță juridică superioară, principiul legalității în sistemul constituțional actual fiind unul dintre principiile fundamentale ale administrației publice. Prezumția de legalitate stă la baza întregului edificiu al fundamentării forței juridice deosebite a actelor administrative, ca acte administrative de autoritate, care implică și executarea lor. În virtutea acesteia, atâta vreme cât ființează actul administrativ, se prezumă că a fost emis cu respectarea tuturor condițiilor de fond și de formă prevăzute de lege, obligativitatea respectării lui fiind desprinsă din aceea a respectării legii. Această prezumție are însă caracter relativ, actele administrative fiind supuse controlului principal de legalitate al instanțelor judecătorești.

Aceeași Înalță Curte, prin aceeași Secție, în decizia nr. ... din ..., a reținut că actul administrativ, în categoria generală a căruia intră și documentele constatatoare „negative” nr. ... și .../..., 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. În mod concordant cu această abordare, jurisprudența europeană recunoaște că actele instituțiilor Uniunii beneficiază în principiu de o prezumție de legalitate și produc, prin urmare, efecte juridice, chiar dacă sunt afectate de nereguli, atât timp cât nu au fost anulate în cadrul unei acțiuni în anulare, revocate sau declarate ca fiind nevalide în urma unei trimiteri

preliminare sau a unei excepții de nelegalitate (Hotărârea din 6 octombrie 2015, Schrems, C-362/14, EU:C:2015:650, punctul 52, Hotărârea din 13 februarie 1979, Granaria/Hoofdprodukschap voor Akkerbouwprodukten, 101/78, EU:C:1979:38, punctul 5, Hotărârea din 28 ianuarie 2016, Éditions Odile Jacob/Comisia, C-514/14 P, EU:C:2016:55, punctul 40, și Hotărârea din 27 octombrie 2016, BCE/Cerafogli, T-787/14 P, EU:T:2016:633, punctul 39).

Poziția la care s-a oprit Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor nu invalidează amintitele documente constatatoare „negative”, ci transpune la speța de față situația concretă a SC ... SRL în lumina art. 171 din legea achizițiilor publice, corelat cu prevederile art. 166 alin. (8) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului 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. (1) lit. g) din Lege.*”

Față de ansamblul considerentelor expuse în paginile de mai sus, se constată că evaluarea ofertei în discuție s-a bazat pe o interpretare rigidă și contrară art. 171 din partea comisiei evaluatorii, ceea ce conduce la nerespectarea dispozițiilor legale în vigoare, situație în care critica societății contestatoare privind nelegalitatea excluderii ofertei sale apare a fi fondată. În consecință, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația SC ... SRL nr. .../..., în contradictoriu cu ..., va anula procesul-verbal nr. .../... și comunicarea nr. .../..., strict în partea privind oferta contestatoarei, și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea acestei ofertei, precum și la emiterea unui nou act de evaluare, cu respectarea celor ce preced, a legislației privind achizițiile publice și a cerințelor din documentația de atribuire. În baza aceluiași temei legal, va obliga autoritatea să comunice contestatoarei și celorlalți ofertanți admiși rezultatul reevaluării, cu respectarea legislației aplicabile.

Analiza actului atacat al autorității contractante, din punctul de vedere al legalității și temeiniciei, s-a efectuat prin prisma motivelor invocate de societatea contestatoare, în acord cu principiul disponibilității care guvernează și procedura administrativ-jurisdicțională în fața Consiliului [art. 9 alin. (2) C. proc. civ. - obiectul și limitele procesului sunt stabilite prin cererile și apărările părților]. Cu privire la aspectele care nu au format obiectul contestației, răspunderea juridică pentru declararea câștigătoare a unei anumite oferte revine autorității contractante, ținută de lege să verifice și să stabilească modul de îndeplinire de către ofertant/ofertă a tuturor cerințelor de calificare și specificațiilor tehnice stabilite în documentația de atribuire.

Art. 1 alin. (4) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 statuează că autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile, deci și a regulilor de elaborare a proceselor-verbale și a rapoartelor comisiei de evaluare, inclusiv în ceea ce privește concluziile verificărilor.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația SC ... SRL nr. .../..., în contradictoriu cu ..., și anulează procesul-verbal nr. .../... și comunicarea nr. .../..., strict în partea privind oferta contestatoarei. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea acestei oferte și la emiterea unui nou proces-verbal, cu respectarea întocmai a celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile publice, în termen de cel mult douăzeci de zile de la data primirii prezentei decizii. După finalizarea evaluării ofertelor și aprobarea raportului procedurii, autoritatea va comunica rezultatul procedurii, potrivit legislației aplicabile.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile.