CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., formulată de ..., cu sediul în ..... – Președintele Consiliului de Administrație și convențional prin avocat ...., împotriva adresei nr. ..., emisă de autoritatea contractantă, ..., cu sediul în ...., în cadrul procedurii simplificate, într-o singură etapă, on-line, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect <...>, cod CPV ..., s-a solicitat Consiliului remedierea aspectelor prevăzute în cuprinsul actului atacat, în sensul pronunțării unei decizii prin care să:

- anuleze adresa nr. ... privind Rezultat analiză DUAE prin care autoritatea contractantă a dispus excluderea Asocierii ... din procedura de atribuire sus menționată considerând oferta depusă ca fiind inacceptabilă;
- anuleze adresele privind comunicarea rezultatului procedurii de atribuire sus menționată, în cazul în care aceste acte au fost emise şi a oricărui alt act subsecvent;
- anuleze Răspunsul nr. ... la procedura prealabilă formulată de societatea sa;
- oblige autoritatea contractantă la reluarea procedurii şi evaluarea ofertei sale în vederea atribuirii Contractului şi desemnarea ofertei câștigătoare urmare a analizării inclusiv a ofertei depuse de Asocierea ....

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 ... critică aspectele prevăzute în cuprinsul comunicării nr. ..., prin care s-a dispus excluderea Asocierii ..., invocând ca temei prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea 98/2016 coroborate cu cele ale art. 166 din HG 395/2016, motivat de faptul că, în privința societății sale, există 2 documente constatatoare "negative", respectiv:

- documentul constatator inițial nr. ...., emis cu privire la Contractul de lucrări nr. ... privind Modernizarea sistemelor de apă şi canalizare în Podu Iloaiei, Județul Iași, de către Autoritatea contractantă ..., prin care s-au imputat penalități pentru nefinalizarea lucrărilor în termen;

- documentul constatator inițial nr. ..., emis cu privire la Contractul de lucrări nr. ... privind Modernizarea sistemelor de canalizare ... de către Autoritatea contractantă ..., prin care s-au imputat penalități pentru nefinalizarea lucrărilor în termen.

Contestatoarea precizează că, în privința acestor două documente constatatoare autoritatea contractantă a considerat că, deși acestea au fost contestate în instanță, dat fiind că nu s-a solicitat suspendarea efectelor lor, actele emise de autoritățile contractante, în privința celor 2 contracte, produc în continuare efecte şi sunt întrunite condițiile prevăzute de dispozițiile legale mai sus indicate pentru a se dispune excluderea sa din cadrul procedurii.

Împotriva deciziei de excludere, în conformitate cu prevederile art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea arată că a formulat notificare prealabilă, însă, prin răspunsul său, autoritatea contractantă şi-a menținut punctul de vedere referitor la faptul că oferta a fost în mod temeinic şi legal exclusă prin raportare la cele 2 Documente constatatoare, emise de ..., apreciindu-se că:

- este îndeplinită condiția prevăzută de lege privind încălcarea gravă, în mod repetat, a obligațiilor principale ce reveneau societății sale în contractele de achiziție publică încheiate anterior, ținând cont de faptul că, în documentele constatatoare emise, ... menționează că, din culpă, societatea sa nu a respectat termenul de finalizare a lucrărilor şi i s-au imputat penalități de întârziere;

- existența litigiilor între societatea sa şi ... nu ar avea relevanță, în contextul în care comisia de evaluare nu se poate pronunța cu privire la aspectele ce fac obiectul acestora, considerându-se însă relevant că nu s-a solicitat "*suspendarea actelor administrative în temeiul prevederilor art. 14 şi 15 din Legea 554/2004*", iar documentele constatatoare sunt "*acte administrative ce prezintă o situație de fapt*" supuse suspendării în conformitate cu Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004.

Față de prevederile legale incidente, raportat la situația de fapt, ... solicită constatarea netemeiniciei şi nelegalității excluderii ofertei

sale din cadrul procedurii de atribuire în cauză, având în vedere următoarele considerente:

I. Un prin aspect semnalat de contestatoare face referire la faptul că, în cazul societății sale, nu există un număr de 3 certificate constatatoare negative, sens în care arată că documentul constatator aferent contractului nr. 16342/2014, emis de IRO Iași, a fost revocat de autoritatea contractantă, iar revocarea a fost constatată prin sentința civilă nr. 83/2017, definitivă pronunțată de Tribunalul Iași.

II. În opinia contestatoarei, excluderea sa este nelegală şi netemeinică, urmare a faptului că nu există încălcări grave, în accepțiunea art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016, ale obligațiilor din cadrul unui contract de achiziție publică.

Invocând dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) coroborate cu cele ale art. alin. (8) din Legea nr. 98/2016, precum și pe cele ale art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016, contestatoarea arată că, pentru a fi în situația de excludere a unui ofertant, trebuie să existe încălcări grave ale unor obligații contractuale, încălcări care constau în neexecutarea obiectului unui contract, realizarea de lucrări ce prezintă neconformități majore, astfel încât lucrarea respectivă să nu poată fi utilizată, sau alte fapte de o gravitate similară care să fi generat pagube autorităților contractante. Însă, pentru a se putea, în mod legal şi temeinic, exclude un ofertant dintr-o procedură de achiziţie publică, nu este suficient ca să existe, în ultimii doi an, un document constatator "nefavorabil” ofertantului în cauză, ci trebuie constatat că, ceea ce se impută ofertantului prin documentele respective, reprezintă "încălcări grave” ale contractelor asumate, de genul celor exemplificate de legiuitor.

Or, subliniază contestatoarea, în cazul celor două contracte încheiate de societatea sa cu ... nu se reţin abateri grave de genul avut în vedere de dispozițiile art.167 din Legea nr. 98/2016, în sensul neexecutării lucrărilor sau al executării unor lucrări neconforme ci, din contră, lucrările au fost executate, sens în care au fost încheiate Procese-verbale de recepție la terminarea lucrărilor și, respectiv, procese-verbale de recepție finală, fără semnalarea de deficiențe. De asemenea, se arată că aceste contracte nu au fost reziliate de ... şi nu s-au imputat deficiente în privința lucrărilor executate, singurele fapte atribuite societății sale, prin cele 2 certificate constatatoare, fiind depășirea termenului de execuție a lucrărilor și potențiale penalități derivate strict din nerespectarea termenului contractual (nu daune interese pentru neexecutarea obiectului contactului), iar obiectul litigiilor nr. .... privesc nerecunoașterea dreptului societății sale la prelungirea duratei de execuție a contractului, urmare a faptului că, în realitate, cauzele ce au generat întârzieri ale lucrărilor nu erau imputabile societății, cu consecința imediată a nedatorării de penalități.

Potrivit contestatoarei, simpla finalizare a contractului după termenul contractual convenit, nu poate fi asimilat cu cazurile grave

enumerate prin art. 167 alineat 8, în condițiile în care, dimpotrivă, lucrările au fost executate și au fost conforme cu contractul, existând inclusiv procese verbale de recepție finală.

În acest context, invocând dispozițiile art. 1 din Regulamentul privind recepția construcțiilor, adoptat prin HG nr. 273/1994, cu modificările și completările ulterioare, contestatoarea apreciază că, prin semnarea proceselor verbale de recepție la terminarea lucrărilor și, mai apoi, a proceselor verbale de recepție finală, beneficiarul a atestat executarea corespunzătoare a lucrărilor, deci inexistența vreunei abateri grave în sensul art. 167 alineat 8. Mai mult, din exemplele enumerate de acest temei legal, se deduce intenția legiuitorului de a da un sens cuvântului "grav", respectiv încălcarea trebuie să fie în mod evident cu eveniment cu consecințe importante asupra contractului respectiv.

De asemenea, contestatoarea precizează că autoritatea contractantă din speța de față nu a justificat în niciun mod caracterul grav al pretinsei încălcări, singura justificare oferită - "*nerespectarea duratei de execuție poate genera consecințe negative în lanț pentru autoritățile contractante*" neputând fi reținută, deoarece:

- nu arată care ar fi consecințele în lanț;
- este generică și nu face trimitere la cazurile concrete de analizat, motivarea trebuind a fi întotdeauna concretă;
- ignoră faptul că în cazurile expuse nu au existat niciun fel de consecințe în lanț sau altfel, procesele verbale de recepție fiind cel mai bun contra- argument.

În concluzie, contestatoarea apreciază că decizia de excludere a ofertei sale, motivat de cele 2 documente constatatoare este nelegală şi netemeinică, nefiind întrunită condiția ca societatea sa să se regăsească în situația unor încălcări grave ale contractelor de achiziție încheiate anterior, în acest sens stând și jurisprudența CNSC, pe care înțelege să o invoce în cauză.

III. În opinia contestatoarei, autoritatea contractantă a făcut o aplicare greșită şi a prevederilor art. 171 din Legea nr. 98/2006, decizia de excludere a ofertei fiind, odată în plus nelegală şi netemeinică. Referitor la acest aspect, contestatoarea precizează că autoritatea contractantă a considerat că răspunsurile societății sale nu au fost în măsură să probeze credibilitatea ofertantului, prin înscrisurile și explicațiile prezentate, motivând că nu s-a solicitat suspendarea efectelor celor două documente constatatoare, precum și faptul că aceasta nu se poate pronunța asupra aspectelor ce fac obiectul litigiilor între ...și ....

Astfel, față de modul în care comisia de evaluare a analizat răspunsurile societății sale față de cele consemnate în cele 2 documente constatatoare, contestatoarea solicită caracterul nelegal al deciziei de excludere.

IV. Contestatoarea susține că, în mod nelegal, autoritatea contractantă a invocat inexistența suspendării documentelor

constatatoare emise de ..., ignorând faptul că acestea nu sunt susceptibile de suspendare în condițiile în care nu constituie acte administrative individuale, ci acte emise în executarea unui contract administrativ.

Invocând dispozițiile Legii nr. 554/2014, contestatoarea arată că documentul constatator nu constituie un act administrativ în sensul prevederilor art. 2 alin. (2) lit. c) din acest act normativ, urmare a faptului că nu dă naștere, modifică sau stinge raporturi juridice, fiind un simplu act emis în derularea unui raport juridic preexistent, dat de contractul de achiziție publică, pe care însă nici nu îl modifică, nici nu îl stinge.

Faptul că aceste documente sunt contestabile conform Legii nr. 554/2014 nu înseamnă, în opinia contestatoarei, că toate articolele din acest act normativ li se aplică, adică inclusiv 14 și 15. Mai mult, arată că aceste certificate constatatoare fac obiectul judecății în contencios administrativ, însă textele aplicabile sunt cele din materia contractelor administrative, adică, în esență, art. 8 alineat 2 din Legea nr. 554/2004, certificatele constatatoare fiind acte emise în executarea unui contract administrativ și nu acte administrative individuale.

V. În privința litigiilor între societatea sa şi ..., contestatoare învederează următoarele aspecte:

1. În primul rând, legislația este modificată în prezent, în sensul că autoritatea contractantă poate publica în SEAP un document constatator numai după expirarea termenelor de contestare prevăzute de Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ (art. 166 alineat 5 din Normele de aplicare aprobate prin HG 365/2016). Această nouă reglementare semnifică faptul că un document constatator contestat nu mai poate fi adus la cunoștința publică prin publicare în SEAP, deci contestarea sa împiedică efectul de publicitate și, deci, un document constatator contestat nu poate impieta asupra dreptului antreprenorului de a participa la noi achiziții publice.

În opinia contestatoarei, deși noua lege nu se aplică certificatelor constatatoare în discuție, dar având în vedere noul spirit, se impune constatarea faptului că o autoritatea contractantă trebuie să se aplece asupra apărărilor de credibilitate invocate de ofertant, neputând a se preleva de aspecte formale cum ar fi lipsa suspendării sau imposibilitatea de analiză a aspectelor invocate de noi. În condițiile în care instanța de judecată va decide cu privire la legalitatea poziției acelei autorități contractante, contestatoarea apreciază că societatea sa trebuie să beneficieze de prezumția de credibilitate până la pronunțarea unei hotărâri judecătorești definitive.

Pe cale de consecință, contestatoarea arată că existența litigiilor pe rol și, mai ales, existența unui recurs admis cu casare în cauza nr. ..., are semnificația legală a unei probe a credibilității, chiar

legiuitorul vizând lipsa de efecte juridice a unui document constatator contestat prin interdicția publicării sale în SEAP.

Prezenta procedură de achiziție se desfășoară sub imperiul Legii 98/2016, ceea ce, potrivit contestatoarei, înseamnă că prevederile acesteia ar trebui să primeze în analiza pe care o face autoritatea contractantă, cu atât mai mult cu cât un operator economic ce ar avea un certificat constatator nefavorabil, emis sub imperiul Legii nr. 98/2016 sau nr. 99/2016, nu trebuie să dobândească o situație juridică mai favorabilă decât cel cu un certificat constatator nefavorabil, emis sub imperiul OUG nr. 34/2006.

2. În ceea ce privește cauza nr. ..., contestatoarea menționează că aceasta a fost soluționată de ... în sensul respingerii acțiunii, prin sentința din data de ..., însă, această sentință a fost recurată de societatea sa, recursul fiind înregistrat pe rolul ..., și, mai mult, admis, la data de ..., acțiunea formulată fiind constatată admisibilă, instanța reținând cauza spre rejudecare pe fond și fixând termen de soluționare la .... Mai arată că Decizia ... (neredactată la momentul prezentei) are relevanță și asupra naturii juridice a Documentelor constatatoare, în contextul în care calificând acțiunea sa ca fiind admisibilă, instanța a statuat că acest act reprezintă un act emis în executarea unui contract de achiziție publică, nereprezentând un act administrativ individual în privința căruia să fie incidente dispozițiile art. 14 din Legea nr. 554/2004.

3. De asemenea, s-a arătat, prin expunerea situației de fapt care a generat întârzieri în executarea celor 2 contracte încheiate cu ..., că acestea nu s-au datorat vreunei culpe a societății sale, ci a unor situații care nu îi pot fi imputate - de genul unor vicii ale proiectului pus la dispoziție, întârzierilor din partea ... în obținerea Autorizației de construire necesare lucrărilor, a avizelor de la administratorii de drumuri pe care se executau acestea și alte asemenea cauze ce exclud în mod evident culpa ....

Totodată, precizează că obiectul cauzelor nr. .... îl constituie recunoașterea dreptului său la prelungirea duratei de execuție a contractului, urmare a faptului că, în realitate, cauzele ce au generat întârzieri ale lucrărilor nu erau imputabile societății sale, cu consecința imediată a nedatorării de penalităţi.

Or, apreciază contestatoarea, declinarea/refuzul posibilității de analizare a aspectelor evidențiate echivalează, în fapt, cu o solicitare de clarificări pur formală şi cu negarea dreptului său de a aduce explicațiile necesare în privința condițiilor în care lucrările efective au fost realizate, precum și a dreptului său de acces la justiție în esență.

În drept, ... arată că a formulat prezenta contestație în conformitate cu dispozițiile art. 8 din Legea nr. 101/2016.

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

Prin adresa nr. ... autoritatea contractantă, ..., transmite punct de vedere, prin care solicită respingerea contestației ca neîntemeiată, decizia de excludere a ofertei contestatoarei fiind luată ca urmare a

unei analize corecte a situației de fapt și de drept, pe baza informațiilor furnizate de contestatoare în cuprinsul DUAE, pe calea clarificărilor și în urma verificărilor suplimentare efectuate de comisia de evaluare.

Invocând dispozițiilor art. 167 din Legea nr. 98/2016 și pe cele ale art. 166 din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă precizează că, în urma analizei documentului DUAE depus de liderul asocierii ..., în cadrul ofertei prezentate și a răspunsului la clarificările solicitate, comisia de evaluare a constatat următoarele:

Conform datelor din documentul DUAE depus şi a consultării portalului instanțelor de judecată, precum şi a site-ului e-licitaţie.ro, ...are emise un număr de trei documente constatatoare negative astfel:

1. Document constatator nr. ... referitor la îndeplinirea obligațiilor aferente contractului nr. ..., potrivit căruia autoritatea contractantă a pretins garanția de bună execuție și penalități pentru nefinalizarea integrală a lucrărilor.

Prin sentința civilă nr. .... s-a dispus constatarea revocării documentului constatator referitor la îndeplinirea obligațiilor contractuale, sentință definitivă prin respingerea recursurilor promovate împotriva acesteia, prin .....

2. Documentul constatator inițial nr. ... autoritatea contractantă ... pretinzând penalități pentru nefinalizarea lucrărilor în termen, față de care ...a depus contestația nr. ...., fiind încuviințată efectuarea unei expertize tehnice. În cauză se constată că nu a fost formulată o cerere de suspendare a Documentului constatator iniţial nr. ... atacat, acesta fiind act administrativ care se bucură în continuare de prezumţia de legalitate.

3. Documentul constatator inițial nr. .....

Autoritatea contractantă susține că, ținând cont de dispozițiile art. 171 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, comisia de evaluare a dat posibilitatea contestatoarei, prin solicitarea nr. ...., să clarifice situația juridică actuală a documentului constatator inițial nr. ...coroborate cu prevederile Legii nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, însă răspunsul formulat de aceasta nu a fost în măsură să probeze credibilitatea ofertantului, constatându-se că ...nu a depus nicio dovadă că a solicitat suspendarea documentelor constatatoare nr. ....

1. Cu privire la critica societății contestatoare referitor la faptul că excluderea nu este posibilă ca urmare a inexistenței, în accepțiunea art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016, a unor încălcări grave ale obligațiilor din cadrul unui contract de achiziție publică, autoritatea contractantă arată că membrii comisiei de evaluare au avut obligația de a verifica încadrarea în prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016 coroborate cu cele ale art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016, prin raportare la documentele constatatoare nr. ..., respectiv dacă ofertantul și-a încălcat, în mod grav sau repetat, obligațiile principale ce îi reveneau într-un contract

de achiziții publice încheiat anterior şi dacă aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a contractului, plata de daune interese sau alte sancțiuni comparabile.

Analizând documentul constatator nr. ...., emis de ..., se constată că acesta cuprinde următoarele mențiuni: "*din culpă, contractantul nu a respectat durata de execuție a lucrărilor prevăzută în contract*", iar la rubrica destinată indicării prejudiciilor care au fost sau ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului, este inserată mențiunea *„Penalități datorate de contractant pentru nefinalizarea lucrărilor în termenul prevăzut în contract în valoare de ... lei”*.

Analizând documentul constatator nr. ... emis de ..., se constată că acesta cuprinde următoarele mențiuni: "*din culpă, contractantul nu a respectat durata de execuție a lucrărilor prevăzută în contract*", iar la rubrica destinată indicării prejudiciilor care au fost sau ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului, este inserată mențiunea *„Penalități datorate de contractant pentru nefinalizarea lucrărilor în termenul prevăzut în contract în valoare de ... lei”*.

În opinia comisiei de evaluare, nerespectarea duratei de execuție a lucrărilor prevăzute în contractul de achiziție publică de lucrări este o încălcare gravă a unei obligații contractuale mai ales că poate genera consecințe negative în lanț pentru autoritățile contractante, cu atât mai mult cu cât aceste întârzieri au generat aplicarea de penalități de întârziere într-o sumă considerabilă prin raportare la valoarea totală a contractului. (10%).

Prin urmare, având în vedere existența celor două documente constatatoare, autoritatea consideră ca fiind îndeplinită condiția legală cu privire la încălcarea gravă și în mod repetat a obligațiilor principale care îi reveneau în contracte de achiziții publice încheiate anterior, fapt care a condus la aplicarea de penalități de întârziere, care sunt sancțiuni comparabile cu daunele interese.

Trimiterea la textul art. 167, alin. 8 din Legea 98/2016 - pe care şi comisia de evaluare l-a avut în vedere - cu interpretarea că aspectele reţinute nu sunt încălcări grave, similare cu cele indicate cu titlu de exemplu, este irelevantă, în opinia autorității contractante, tocmai pentru că acele situații sunt doar exemplificative.

În concluzie, autoritatea consideră decizia comisiei temeinică şi legală, fiind îndeplinite condițiile prevăzute de art. 167 alin. 1 din Legea nr. 98/2016 pentru excluderea din procedură.

2. În ceea ce privește litigiile dintre ofertant și ..., autoritatea contractantă apreciază că modificarea intervenită prin legislația actuală, în sensul că documentele constatatoare pot fi publicate în SEAP numai după expirarea termenelor de contestare, nu înseamnă că membrii comisiei de evaluare nu trebuie să aibă în considerare, în procesul de analiză, acele documente care au fost deja publicate și care, în opinia sa, își produc efectele.

În același sens, arată că membrii comisiei de evaluare nu sunt în măsură să se pronunțe asupra legalității celor două documente constatatoare, acestea având aparența de legalitate, fiind opozabile atât timp cât nu au fost anulate de instanța de judecată. Mai mult, nu pot analiza și nici nu se pot pronunța cu privire la aspectele care fac obiectul litigiilor din dosarele nr. ...., respectiv care au fost cauzele care au generat întârzieri ale lucrărilor.

În ceea ce privește susținerea că documentul constatator emis de autoritatea contractantă nu este un act susceptibil de suspendare, în temeiul art. 14 sau art. 15 din Legea nr. 554/2004, în condițiile în care el nu ar constitui un act administrativ individual, ci un act emis în executarea unui contract administrativ, precizează că aceasta este nefondată. Astfel, arată că așa cum reiese din interpretarea coroborată a dispozițiilor art. 166 din HG nr. 395/2016 și cele ale art. 14 și 15 din Legea nr. 554/2004, aceste documente, pe care o autoritate 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-şi 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 şi veridicitate, trăsături care constituie fundamentul caracterului executoriu. Suspendarea efectelor actului administrativ poate fi dispusă de instanța de judecată în condițiile reglementate de dispozițiile mai sus invocate din Legea nr. 554/2004.

Contrar celor susținute de contestatoare, având în vedere, pe de o parte, faptul că Legea nr.98/2016 nu impune, ca şi condiţie obligatorie, existența unei hotărâri definitive pentru documentul constatator, iar pe de altă parte, faptul că documentul constatator este un act administrativ ce are caracter executoriu dacă nu a fost suspendat de instanță, autoritatea consideră că, în mod corect, comisia de evaluare a reținut că documentele constatatoare nr. .... îşi produc efectele atâta vreme cât acestea nu au făcut obiectul unor cereri de suspendare formulate în temeiul Legii nr. 554/2004, aceasta fiind de altfel și opinia majoritară în practica CNSC și a instanțelor de contencios administrativ.

Pe de altă parte, raportat la conținutul cererii de chemare în judecată transmisă împreună cu notificarea, autoritatea observă că, prin aceasta, s-a solicitat anularea în parte a Documentului constatator inițial nr. ..., respectiv punctele 8 şi 9, înțelegându-se astfel că se admite totuși caracterul de act administrativ al documentului constatator, însă, nu se solicită suspendarea executării acestui act, așa cum ar fi permis art. 14 și 15 din Legea nr. 554/2004.

Referitor la cauza nr. ..., autoritatea arată că o discuție cu privire la situația existenței unei decizii a ...., deși neredactată, ar

avea relevanță asupra naturii juridice a documentelor constatatoare, este cu totul inoportună şi prematură, fiind o situație ipotetică în lipsa unor dovezi certe în acest sens. Având în vedere că litigiul nu este încă soluționat definitiv, comisia de evaluare este ținută să respecte prezumția de legalitate a actului administrativ atacat, prezumție care nu a fost răsturnată pe cale judiciară.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente aflate la dosarul achiziției publice.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

... a inițiat o procedură simplificată, într-o singură etapă, on-line, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect *<...>,* cod CPV ..., prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare simplificat nr. ....

În urma vizualizării ofertelor depuse în procedură, autoritatea contractantă a publicat în SEAP adresa nr. ... întocmită în temeiul art. 63 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, conform căreia în cadrul procedurii au fost depuse 2 oferte.

În procesul-verbal de analiză nr. 3, a fost consemnată decizia de excludere a asocierii ...– ...., în urma analizei informațiilor prezentate de către aceasta în DUAE, întrucât liderul asocierii, ..., se încadrează în situația prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, rezultat comunicat ofertantei în cauză prin adresa nr. ....

Nemulțumită fiind de această decizie, ..., după parcurgerea etapei de notificare prealabilă, a învestit Consiliul cu soluționarea prezentei contestații, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Pe fond, analizând susținerile părților, coroborate cu înscrisurile aflate la dosarul cauzei și având în vedere dispozițiile legale în materie, Consiliul constată următoarele:

Prin fișa de date a achiziției, cap. III.2.1.a) Condiții de participare – Situația personală a ofertantului, a fost prevăzut faptul că *„Ofertanții, terții susținători (dacă este cazul) și subcontractanții (dacă este cazul) nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, 165, 167 și 60 din legea nr. 98/2016 (...) Documente justificative sunt: (...) 3. După caz, documente prin care se demonstrează faptul că operatorul economic poate beneficia de derogările prevăzute la art. 166 alin. (2), art. 167 alin. (2) art. 171 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice*".

Potrivit informațiilor regăsite în documentul DUAE depus de ..., aceasta a precizat, în cadrul acestuia, la cap. C Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, (...) *Încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile*

Operatorul economic s-a aflat într-o situație în care un contract de achiziții publice anterior, un contract anterior încheiat cu o autoritate contractantă sau un contract de concesiune anterior a fost

reziliat anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni comparabile în legătură cu respectivul contract anterior?

Răspunsul dumneavoastră?

•Da

°Nu

Vă rugăm să le descrieți

1. Contract nr. 16342/2014 cu .... - A.C. pretinde garanție de buna execuție și penalități pentru nefinalizarea integrala a lucrărilor, dar subscrisa nu am nicio culpa si am formulat contestație

2. Contract nr. CCI2009/R0161/PR014/2014- CL13 cu ... -A.c. pretinde penalități pentru nefinalizarea lucrărilor in termen, dar întârzierea nu ne este imputabila si contestam măsura;

3. Contract nr. CCI2009/R0161/PR014-CL12 cu ... - A.C. pretinde penalități pentru nefinalizarea lucrărilor in termen, dar întârzierea nu ne este imputabila si contestam măsura.

Aţi luat măsuri pentru a demonstra fiabilitatea dumneavoastră („autocorectare")

•Da

°Nu

Vă rugăm să le descrieți....

2. .....

3. Am contestat măsura prin contestația noastră .... Vă rugăm să aveți în vedere faptul că legislația achizițiilor publice este modificată în prezent, în sensul că autoritatea contractantă poate publica în SEAP un document constatator numai după expirarea termenelor de contestare prevăzute de Legea 554/2004 a contenciosului administrativ (citățm din prevederile art. 166 alineat 5 din Normele de aplicare aprobate prin HG 365/2016). Această nouă reglementare semnifică faptul că un document constatator contestat nu mai poate fi adus la cunoștință publică prin publicare în SEAP, deci contestarea sa împiedică efectul de publicitate si deci un document constatator contestat nu poate impieta asupra dreptului Antreprenorului de a participa la noi achiziții publice. In condițiile în care instanța de judecată va decide cu privire la legalitatea poziției acelei autorități contractante, subscrisa trebuie să beneficiez de prezumția de credibilitate până la pronunțarea unei hotărâri judecătorești. Drept urmare vă rugăm să constatați faptul că simpla contestare a unui document constatator emis de o autoritate contractantă are semnificația legală a unei probe irefutabile a credibilității, chiar legiuitorul vizând lipsa de efecte juridice a unui document constatator contestat prin interdicția (...)".

Prin adresa nr. .... *cu prevederile Legii 554/2004 a contenciosului administrativ*".

La această solicitare, asocierea a răspuns prin adresa nr. ...., răspuns analizat de comisia de evaluare prin Procesul-verbal de analiză nr. 3, în care au fost consemnate următoarele:

„Concluziile comisiei

Comisia constată că ofertantul nu a depus nicio dovadă că a solicitat suspendarea documentelor constatatoare nr. .....

Analizând documentul constatator nr. .....

Având în vedere cele menționate mai sus, Comisia va exclude din procedura de atribuire ofertantul Asocierea ...cu ...., întrucât se liderul asocierii ...încadrează în situația prevăzută la art.167 alin.1 li.tg) din L 98/2016.

Având în vedere cele menționate şi consemnate mai sus, comisia de evaluare stabilește următoarele: (...)

- Ofertantul 2 Asocierea ...cu .... a fost exclus din procedura de atribuire, în urma analizei informațiilor prezentate de către acesta în DUAE, rezultă că ofertantul este considerat respins în această etapă."

În speța de față relevante în analizarea situației profesionale a ofertantei sunt reținute doar documentele constatatoare, respectiv:

- documentul constatator inițial nr. .... emis de SC ..., cu privire la Contractului de lucrări CL 13 privind .... situație care nu a condus la rezilierea contractului, dar au fost cuantificate prejudicii, conform pct. 9 din acest document *„penalități datorate de contractant pentru nefinalizarea lucrărilor în termenul prevăzut în contract în valoare de ....*

- documentul constatator inițial nr. .... cu privire la Contractului de lucrări CL 12 privind "*....*

Referitor documentul constatator nr. ....

Cu titlu preliminar, Consiliul stabilește că nelegalitatea aspectelor consemnate în documentele constatatoare, reclamată de autoarea contestației, este de competența instanței de judecată, iar nu a CNSC, acesta fiind ținut doar la a verifica legalitatea deciziei de respingere a ofertei asocierii, respectiv dacă acesta se încadrează în cazul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, iar nu de a verifica legalitatea documentului constatator și a stabili cine se face culpabil de nerespectarea termenelor contractuale.

Astfel, de vreme ce documentul constatator nu a fost anulat prin decizia definitivă a instanței de judecată, el produce efecte, orice act administrativ bucurându-se de prezumția de legalitate, care poate fi răsturnată printr-o hotărâre judecătorească definitivă de anulare a acestuia.

Cu toate acestea, se impune precizarea faptului că legiuitorul nu a condiționat excluderea din procedură, în cazul prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, de existența unei hotărâri judecătorești definitive asupra legalității emiterii unui document constatator.

Simpla existență a acestor documente nu conduce, *ope legis*, la excluderea ofertantului din procedură, ci obligă autoritatea contractantă la efectuarea unor verificări prealabile, astfel cum impun dispozițiile art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016, conform cărora *„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 aceasta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege".

Conform prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, *„autoritatea 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;

[...]

Dispozițiile alin. (8) ale aceluiași articol prevăd:

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

În relevante sunt însă și dispozițiile art. 171 din Legea nr. 98/2016, conform cărora *„(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 credibilităţii, 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".

Din analiza coroborată a textelor de lege anterior citate, rezultă că, pentru incidența motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, este necesar să fie îndeplinite următoarele condiții cumulative:

- încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale;
- încălcarea obligațiilor principale să fi intervenit în derularea unuia dintre următoarele tipuri de contracte încheiate anterior: contract de achiziții publice, contract sectorial, contract de concesiune;
- încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale să fi condus la una din următoarele consecințe (sancțiuni), enumerate de legiuitor cu titlu exemplificativ: încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese, alte sancțiuni comparabile.

Totodată, se constată că toate aceste condiții cumulative sunt completate de precizările aduse de art. 171 din Legea nr. 98/2016, prin alin. (1)-(3) în sensul furnizării dovezilor pentru demonstrarea credibilității și care, în cazul în care sunt apreciate ca suficiente, înlătură măsura excluderii. Chiar dacă din aceste ultime dispoziții se poate înțelege că furnizarea dovezilor în sensul demonstrării lipsei de aplicare a motivelor de excludere cad în sarcina ofertantului, clarificarea situației participanților la procedură, din partea autorității contractante, anterior respingerii unei oferte, este absolut necesară prin prisma respectării principiului proporționalității, statuat la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, în virtutea căruia, atunci când se confruntă cu o ofertă ambiguă, iar o cerere de precizări cu privire la conținutul ofertei menționate ar putea asigura securitatea juridică în același mod precum respingerea imediată a ofertei în cauză, autoritatea trebuie să solicite precizări ofertantului vizat, mai degrabă, decât să opteze pentru respingerea pur și simplu a ofertei.

În soluționare, Consiliul apreciază ca nefiind relevant faptul că aceste documente au fost emise în aplicarea unor dispoziții legale abrogate în prezent, reținând că și o eventuală publicare prematură în SEAP a unor documente constatatoare negative nu conduce la nulitatea lor. Din moment ce ele au ajuns la cunoștința publică, nu înseamnă că autoritatea nu trebuie să efectueze verificări, ci dimpotrivă, aceasta trebuie să solicite operatorului respectiv dovezi în sensul dispozițiilor art. 171 din Legea nr. 98/2016.

Din situația de fapt expusă mai sus, Consiliul constată că, în cauză, verificările efectuate de comisia de evaluare anterior emiterii deciziei de excludere a ofertantului pe motiv că acesta se încadrează în situația prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, s-au limitat la solicitarea de clarificări doar prin prisma dispozițiilor

„art. 166 alin. (4) din HG nr. 395/2016 coroborate cu prevederile Legii 554/2004 a contenciosului administrativ”.

Potrivit dispozițiilor art. 166 alin. (4) din HG nr. 395/2016 *„Documentele constatatoare emise de către entitatea contractantă în conformitate cu prevederile alin. (1) şi (2) pot fi contestate potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările şi completările ulterioare*”, astfel că răspunsul ofertantei contestatoare a vizat doar lămurirea aspectelor cerute de autoritate, respectiv dacă s-a solicitat suspendarea efectelor acestor documente constatatoare.

Așadar, contrar susținerilor autorității contractante, verificările efectuate de comisia de evaluare nu au avut în vedere și dispozițiile art. 171 din Legea nr. 98/2016 și, pe cale de consecință, nici solicitarea de probe care să demonstreze credibilitatea ofertantei, conform aceluiași temei legal.

Cu privire la același aspect, Consiliul reține că existența sau nu a unei suspendării a documentelor în cauză nu ar fi avut un caracter definitoriu în analizarea situației de fapt, în condițiile în care cazul de excludere ar fi putut fi înlăturat prin incidența situației reglementate la art. 171 din Legea nr. 98/2016.

Prin urmare, Consiliul apreciază că se impune ca, atunci când se confruntă cu o situație similară celei dedusă judecății, membrii comisiei de evaluare să verifice situația de fapt a ofertantului respectiv și să decidă asupra gravității faptelor reținute prin documentele constatatoare, respectiv dacă probele primite din partea ofertantului sunt suficiente să demonstreze credibilitatea sa profesională.

Astfel Consiliul constată că, în documentele achiziției, nu se poate reține că efectuarea unei evaluări complete a asocierii contestatoare prin raportare la dispozițiile art. 171 din Legea nr. 98/2016, situație similară încălcării *„dreptului ofertantului de a-i fi pe fond analizat motivul excluderii acestei oferte prin prisma aplicării reale, iar nu formale a prevederilor normative în vigoare atât la momentul săvârșirii faptei imputată acesteia, cât și la momentul derulării prezentei proceduri de atribuire, precum și aplicarea principiului proporționalității măsurii de excludere a ofertei în raport de motivele constatate la analizarea acesteia în raport de scopul atribuirii contractului de achiziție de către autoritatea contractantă*.” (....

de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) și (5) 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 National de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează să admită, în parte, contestația formulată de ..., să anuleze procesul-verbal de analiză nr. 3, în partea privind decizia de excludere a asocierii ...– ..., și actele

subsecvente acestuia, inclusiv răspunsul autorității contractante la notificarea prealabilă primită din partea ....

În baza art. 26 alin. (2) şi (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reanalizeze oferta depusă de asocierea ...– ..., cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare.

În baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca inadmisibil capătul de cerere vizând obligarea autorității contractante la *„reluarea procedurii şi evaluarea ofertei sale în vederea atribuirii Contractului şi desemnarea ofertei câștigătoare urmare a analizării inclusiv a ofertei depuse de Asocierea ...”*, deoarece verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți și stabilirea ofertelor admisibile, reprezintă atribuții ale comisiei de evaluare, conform art. 127 alin. (1) lit. b) și k) din HG nr. 395/2016, Consiliul fiind competent să examineze din punct de vedere al legalității și temeiniciei actele emise într-o procedură de atribuire și atacate prin contestație.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația ..., în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă.

Anulează procesul-verbal de analiză nr. 3, în partea privind decizia de excludere a asocierii ...– ..., și actele subsecvente acestuia, inclusiv răspunsul autorității contractante la notificarea prealabilă primită din partea ....

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reanalizeze oferta depusă de asocierea ...– ..., cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare.

Respinge, ca inadmisibil, capătul de cerere vizând obligarea autorității contractante la *„reluarea procedurii şi evaluarea ofertei sale în vederea atribuirii Contractului şi desemnarea ofertei câștigătoare urmare a analizării inclusiv a ofertei depuse de Asocierea ...”*.

Prezenta decizie este obligatorie, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, potrivit art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,	MEMBRU,	MEMBRU,
...	...	...

...