CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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.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. 558 / C8 / 466
Data: 10.04.2019

Prin contestația nr. 46/15.03.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 10196/19.03.2019, formulată de SC TOTAL MAPINVENT SRL, cu sediul social în Suceava, str. Rulmentului nr. 5, județul Suceava, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. J33/758/2012, având CUI 30630008, reprezentată legal de Cristea Claudiu - Dumitru - administrator, împotriva comunicării intermediare nr. 1005/13.03.2019, emisă de COMUNA FÂNTÂNA MARE (PRIMĂRIA COMUNEI FÂNTÂNA MARE), cu sediul în localitatea Fântâna Mare, str. Fântâna Mare nr. 1, județul Suceava, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate de atribuire a contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect „Servicii de proiectare (elaborare proiect tehnic, detalii de execuție, documentații tehnice necesare în vederea obținerii avizelor/acordurilor și autorizațiilor, inclusiv D.T.A.C.) și asistență tehnică din partea proiectantului pe parcursul derulării investiției pentru obiectivul: <Reabilitarea infrastructurii rutiere afectate de calamități din Comuna Fântâna Mare, județul Suceava>”, s-au solicitat următoarele:

Pe cale de excepție:

1. Constatarea nelegalității, prematurității și, implicit, a nulității actului administrativ de adoptare a deciziei de excludere a SC TOTAL

MAPINVENT SRL din procedura de atribuire, cât și a actului administrativ subsecvent intitulat "Comunicare intermediară" având nr. 1005/13.03.2019 prin care s-a făcut opozabilitatea deciziei odată cu transmiterea acestui înscris SC TOTAL MAPINVENT SRL de către autoritatea contractantă în data de 13.03.2019 iar, derivat din cele anterior menționate, obligarea autorității contractante ca, prin comisia de evaluare, să dispună remedierea deficiențelor constatate cu intrarea în legalitate conform art. 1 din HG nr. 395/2016.

Pe fondul cauzei:

1) Anularea deciziei de excludere a SC TOTAL MAPINVENT SRL din procedura de atribuire şi a documentului intitulat "Comunicare intermediară" având nr. 1005/13.03.2019 şi transmisă SC TOTAL MAPINVENT SRL de către autoritatea contractantă în data de 13.03.2019 prin care ofertantul este exclus din procedură;

2) Acceptarea la evaluare a ofertei SC TOTAL MAPINVENT SRL;

3) În subsidiar, în cazul în care măsurile de la precedentele capete de cerere nu pot fi luate, anularea procedurii de atribuire, întrucât au fost încălcate principii legale privind transparența, tratamentul egal, nediscriminarea, ce au afectat integral parcursul legal al procedurii.

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

CU MAJORITATE DE VOTURI, CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC TOTAL MAPINVENT SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă COMUNA FÂNTÂNA MARE (PRIMĂRIA COMUNEI FÂNTÂNA MARE).

Obligatorie.

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

OPINIE SEPARATĂ

În baza dispozițiilor coroborate ale art. 68 din Legea nr. 101/2016 și ale art. 426 alin. (2) din Codul de Procedură Civilă, redactez următoarea opinie separată:

Sunt de acord cu soluția pronunțată de majoritatea completului în ceea ce privește al treilea capăt de cerere, pe fondul cauzei, expus de contestatoare, respectiv cel vizând anularea procedurii de atribuire, opinia mea separată purtând asupra primelor două capete de cerere ale contestatoarei, pe fond, respectiv:

- anularea deciziei de excludere a SC TOTAL MAPINVENT SRL din procedura de atribuire şi a documentului intitulat "Comunicare intermediară" având nr. 1005/13.03.2019 şi transmisă SC TOTAL MAPINVENT SRL de către autoritatea contractantă în data de 13.03.2019 prin care ofertantul este exclus din procedură;

- acceptarea la evaluare a ofertei SC TOTAL MAPINVENT SRL.

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

Prin adresa nr. 1005 din 13.03.2019, autoritatea contractanta a transmis SC TOTAL MAPINVENT SRL o comunicare intermediară a rezultatului procedurii, în care se precizează, în esență, că oferta acestei societăți a fost exclusă din procedura de atribuire, în baza art. 167 alin. (1) lit. g) și h) coroborat cu art. 169 din Legea 98/2016, datorită situației regăsită înscrisă în documentul constatator nr. 16803 din 23.10.2017 referitor la un contract anterior încheiat de către SC TOTAL MAPINVENT SRL.

Împotriva acestei decizii a autorității contractante, SC TOTAL MAPINVENT SRL a înaintat Consiliului contestația de față, solicitând, pe fond:

- anularea deciziei de excludere a SC TOTAL MAPINVENT SRL din procedura de atribuire şi a documentului intitulat "Comunicare intermediară" având nr. 1005/13.03.2019 şi transmisă SC TOTAL MAPINVENT SRL de către autoritatea contractantă în data de 13.03.2019 prin care ofertantul este exclus din procedură;

- acceptarea la evaluare a ofertei SC TOTAL MAPINVENT SRL;

- în subsidiar, în cazul în care măsurile de la precedentele capete de cerere nu pot fi luate, anularea procedurii de atribuire, întrucât au fost încălcate principii legale privind transparența, tratamentul egal, nediscriminarea, ce au afectat integral parcursul legal al procedurii.

Verificând legalitatea deciziei autorității contractante de a exclude din procedura de atribuire oferta SC TOTAL MAPINVENT SRL, pentru motivul arătat mai sus, constat că în cuprinsul Documentului constatator, invocat de autoritatea contractantă, se regăsesc următoarele mențiuni:

„7. Contractul a fost îndeplinit în mod corespunzător – Nu

Dacă NU, Motivații:

a) abateri de la calitatea serviciilor contractate: - da

b) nerespectarea termenelor contractuale de livrare produse/prestare servicii/executare lucrări: din culpă: - da

(...)

f) rezilierea contractului: - da

8. Prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului (dacă este posibil cuantificarea valorică a acestora):

- nerespectarea programului de investiții din fondul de accesibilizare constituit în baza Legii nr. 56/2010

- reluarea procedurii de achiziție."

Atât din cuprinsul adresei de comunicare intermediară, cât și din susținerile părților rezultă că autoritatea contractantă nu a cerut societății contestatoare clarificări cu privire la documentul constatator și la situația faptică expusă în cuprinsul acestuia.

Având a mă pronunța asupra legalității acestei măsuri a autorității contractante, observ următoarele dispoziții ale Legii nr. 98/2016:

- art. 167

„(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situaţii:

g) operatorul economic şi-a încălcat în mod grav sau repetat obligaţiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziţii publice, al unui contract de achiziţii 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 sancţiuni comparabile;

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

- art. 171

„(1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situaţiile prevăzute la art. 164 şi 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-şi 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 situaţiile prevăzute la art. 164 şi 167 le poate furniza autorităţii contractante, în sensul prevederilor alin. (1), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plăţii sau la asumarea de către operatorul economic a obligaţiei de plată a despăgubirilor în ceea ce priveşte eventualele prejudicii cauzate printr-o infracţiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor şi împrejurărilor în care a fost comisă infracţiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autorităţile care efectuează investigaţia, şi la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete şi adecvate la nivel tehnic, organizaţional şi în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele şi organizaţiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control şi raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispoziţiilor legale şi a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea şi plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârşirea unor noi infracţiuni sau alte fapte ilicite.

(5) În cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanţe de judecată măsura interdicţiei de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziţie publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situaţiile de excludere prevăzute la art. 164 şi 167 nu se aplică:

b) dacă, în cazul situaţiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariţiei situaţiei, săvârşirii faptei sau producerii evenimentului relevant."

Pentru a exclude din discuție ipoteza ultimă din textele citate, amintesc că documentul constatator a fost emis în data de 23.10.2017, contractul asupra căruia poartă fiind încheiat la data de 13.09.2016, astfel încât, raportat la niciuna dintre aceste date, cei 3 ani indicați de legiuitor în textul art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016 nu erau împliniți la data excluderii din prezenta procedură, respectiv 13.03.2019. Drept urmare, nu devine incidentă dispoziția de la art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016 care stabilește cazul în care situațiile de excludere prevăzute la art. 167 nu se aplică.

În consecință, în stabilirea legalității actului atacat, voi avea în vedere dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016, citate mai sus, care stabilesc în ce condiții operează excluderea operatorului economic. Astfel, abordând coroborat cele două texte ale art. 167, concluzionez că, pentru a fi incident cazul de

excludere arătat, este necesară îndeplinirea cumulativă a următoarelor condiții:

- operatorul economic şi-a încălcat în mod grav sau repetat obligaţiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziţii publice, al unui contract de achiziţii sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior;

- încălcare gravă a obligaţiilor contractuale poate fi considerată neexecutarea contractului ori livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformităţi majore care le fac improprii utilizării conform destinaţiei prevăzute în contract;

- aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancţiuni comparabile.

Astfel, pentru a decide dacă SC TOTAL MAPINVENT SRL a fost în mod legal exclusă din procedură, trebuie verificat și stabilit dacă, referitor la executarea de către aceasta a obligațiilor ce îi reveneau în baza contractului referitor la care s-a emis documentul constatator, s-a făcut vinovată de încălcarea în mod grav sau repetat a obligațiilor sale principale și dacă această presupusă conduită a sa a condus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Din modul de exprimare a legiuitorului, în emiterea dispozițiilor coroborate ale art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016, constat că excluderea operează în situația în care sunt îndeplinite cumulativ condițiile amintite, respectiv conduita viciată a operatorului economic, conduită care să fi avut efectele amintite. Este de observat că legiuitorul nu a prevăzut că motivul de excludere operează de drept în situația în care, pentru operatorul economic respectiv, a fost emis un document constatator, de natura celui întâlnit în prezenta speță, fără a fi necesare alte verificări.

Este important a observa că, potrivit art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr.98/2016, legiuitorul nu a condiționat excluderea din procedură nici de existența unui document constatator ori a altui asemenea act emis de un client beneficiar al operatorului economic analizat. Mai simplu spus, în textul dispozițiilor coroborate ale art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016, nu se condiționează excluderea operatorului economic de existența unui document constatator emis de vreun beneficiar al acestuia.

Potrivit art. 166 alin. (1) din HG nr. 395/2016, *„Autoritatea contractantă are obligaţia de a emite documente constatatoare care conţin informaţii referitoare la îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea obligaţiilor contractuale de către contractant/contractant asociat şi, dacă este cazul, la eventualele prejudicii, [...].”*, iar conform alin. (8) al aceluiași articol, *„Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligaţia*

de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condiţiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege."

Drept urmare, concluzia la care am ajuns în paragraful anterior dispozițiilor citate ale art. 166 din HG nr. 395/2016, este susținută de chiar textele regăsite în această prevedere. Astfel, dacă legiuitorul ar fi dorit ca excluderea operatorului economic să intervină ca efect al existenței pure și simple a unui document constatator emis în baza art. 166 alin. (1) din HG nr. 395/2016, ar fi prevăzut în mod clar această posibilitate. Însă, așa cum este înscris la art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016, decizia de respingere a unui ofertant pe baza unui document constatator, trebuie să fie precedată de o verificare obligatorie a faptului că acest document *„reflectă îndeplinirea condiţiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege."*

Subliniez faptul că nici din conținutul documentului constatator și nici din textele de lege ce reglementează emiterea și efectele sale, nu rezultă ca efectul unui astfel de document este excluderea viitoare, din alte proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică, a operatorului economic pentru care a fost emis. Astfel, devine lipsit de relevanță dacă documentul constatator a fost sau nu anulat ori atacat, faptul neatacării/neanulării lui neputând să-i confere efecte neprevăzute de lege.

Așadar, determinantă în excluderea din procedură a operatorului economic nu este existența documentului constatator, ci verificarea faptului că acest document reflectă îndeplinirea cumulativă a condițiilor regăsite la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Încă o dată subliniez că excluderea operează numai dacă sunt îndeplinite condițiile prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Mai mult, reţin faptul că, prin prevederile de la art. 171 alin. (1), (2) și (3), legea a stabilit dreptul și posibilitatea operatorului economic de a răsturna concluziile rezultând din incidența unui caz de excludere, prin furnizarea de dovezi care să arate că măsurile pe care le-a luat sunt suficiente pentru a-şi demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivul de excludere, în prezenta unor astfel de dovezi, pe care autoritatea contractată să le considere suficiente, aceasta având posibilitatea legală de a nu exclude operatorul economic respectiv.

Observ, așadar, că legea a reglementat posibilitatea ca, chiar și în condițiile existenței reale a unui caz de excludere, operatorul economic să își poată demonstra, în concret, credibilitatea prin raportare la motivul de excludere, evitând astfel eliminarea sa din competiție.

Având în vedere toate aspectele expuse, constat că autoritatea contractantă din prezenta speță nu și-a manifestat rolul activ în

verificarea îndeplinirii condițiilor care ar fi determinat, în mod legal, păstrarea ori excluderea din procedură a societății contestatoare, astfel încât rețin nelegala analiză a ofertei acesteia și încălcarea prevederilor legale expuse în prezenta opinie separată.

Astfel, prin conduita adoptată, autoritatea contractanta a încălcat atât obligația sa de a verifica dacă documentul constatator reflectă îndeplinirea condiţiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, precum și dreptul ofertantei de a face probele prevăzute la art. 171 din lege.

Așa cum precizam mai înainte, simpla existență a documentului constatator nu reprezintă motiv valid și legal de excludere a operatorului economic, legea impunând ca situația reflectată de respectivul document să îndeplinească, în mod cumulativ, condițiile de la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Trebuie menționat faptul că verificările la care legea o obligă pe autoritatea contractantă nu reprezintă verificări ale legalității documentului constatator, o astfel de verificare fiind, fără îndoială, de competența instanței de judecată.

Demersul autorității contractante, așa cum rezultă că este legal, necesar și obligatoriu, reprezintă aplicarea dispozițiilor legale coroborate ale art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016 și art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere toate aspectele de fapt și de drept înfățișate, consider că activitatea autorității contractante, în ceea ce o privește pe contestatoare, s-a desfășurat cu ignorarea celor impuse de legiuitor, cu încălcarea obligației sale legale și a dreptului operatorului economic de a-și lămuri și consolida poziția juridică în cadrul procedurii de atribuire, decizia atacată având un evident caracter nelegal.

Dat fiind faptul că celelalte concluzii ale autorității contractante, regăsite în comunicarea intermediară, sunt consecințe ale deciziei autorității determinată de existența documentului constatator, stabilesc nelegalitatea implicită a acestora.

Referitor la susținerea autorității contractante, potrivit căreia, dispozițiile art. 171 din Legea nr. 98/2016 nu impun comisiei de evaluare obligația de a cere clarificări ofertantei, aceasta având doar dreptul de a face astfel de verificări, drept care se regăsește și în dispozițiile art. 209 din Legea nr. 98/2016, stabilesc că, deși textul art. 171 din lege nu face trimitere expresă la obligația autorității contractante, aceasta este implicită, legiuitorul fiind clar în acest sens prin prevederea de la art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016, potrivit căreia *„Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator,* ***comisia de evaluare are obligaţia*** *de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condiţiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit.*

g) din Lege." Or, este evident că o asemenea analiză se refera la toate posibilitățile pe care legiuitorul le-a prevăzut vizând situația expusă.

Mai mult, textul legal nu poate fi interpretat în sensul că autoritatea contractantă poate să își exercite în mod discreționar prerogativa legală, drepturile acordate de legiuitor având ca scop încurajarea autorității contractante către conduita indicată de lege și nu acordarea posibilității de eludare a unui astfel de comportament, având ca unică motivare absența obligativității și imposibilitatea transformării unui drept într-o obligație.

Este de interes a se reține aici și faptul că întreaga reglementare a domeniului achizițiilor publice, cu toate drepturile și obligațiile prevăzute părților implicate în acest proces, au ca prim scop asigurarea respectării principiilor statuate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, principii printre care se regăsește și acela al proporționalității, înțeles ca fiind egala măsură între ceea ce se cere și ceea ce se oferă, respectiv între ceea ce se face și cum se sancționează.

Pe de altă parte, nu se poate reține în speță ipoteza avută în vedere de legiuitor prin textul art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 *("Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariţia unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat."),* deoarece exercitarea unui drept prevăzut de lege nu poate fi apreciat chiar de legiuitor ca fiind de natură să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant. Ipoteza prevăzută la art. 209 alin. (2) din lege intervine în momentul în care exercitarea de către autoritatea contractantă a dreptului său se realizează cu încălcarea a ceea ce este adecvat și cu atingerea principiilor tratamentului egal, transparenței și chiar proporționalității.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, consider că ar trebui admisă în parte contestația depusă de SC TOTAL MAPINVENT SRL și anulate actele autorității contractante privind decizia referitoare la excluderea din procedură a ofertei SC TOTAL MAPINVENT SRL, precum și comunicările referitoare la această decizie.

În baza art. 26 alin. (2) şi (5) din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă ar trebui obligată la reanalizarea ofertei depusă de SC TOTAL MAPINVENT SRL, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare.

În baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, ar trebui respins ca inadmisibil capătul de cerere vizând acceptarea la evaluare a ofertei SC TOTAL MAPINVENT SRL, aceasta fiind atribuția comisiei de evaluare, așa cum rezultă din întreaga economie a dispozițiilor art. 127 alin. (1) 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.