



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 fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 35805/12.07.2021, formulată de SC ... SRL, cu sediul în .., înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr. ..., având cod unic de înregistrare ... reprezentată legal de director ing. Cristian Toie și convențional prin avocat Godorogea Daniel Lucian, împotriva adresei nr. 2130/05.07.2021 privind excluderea din procedura de atribuire și a raportului procedurii nr. 2129/05.07.2021, emise de ... cu sediul în localitatea Oradea, str. Griviței nr. 32, județul Bihor în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii simplificată, derulată online în vederea atribuirii contractului sectorial de lucrări având ca obiect „*Extindere rețea electrică în localitatea Betfia, zona UTR2, județul Bihor*”, anunț de participare simplificat ..., s-au solicitat Consiliului următoarele:

1. Anularea deciziei nr. 2130/05.07.2021 privind excluderea SC ... SRL din procedura de atribuire;
2. Anularea raportului procedurii nr. 2129/05.07.2021, cu consecința declarării ca fiind admisibilă a ofertei SC ... SRL;
3. Anularea deciziei de admitere a ofertei și desemnării ca fiind câștigătoare a ofertei depusă de SC ... SRL;
4. Obligarea autorității contractante la emiterea unei decizii de atribuire către SC ... SRL a contractului sectorial de lucrări.

**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 membrii asocierii SC ... SRL solicită cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea menționează că a participat, în calitate de ofertant la procedura de atribuire susmenționată, deținând toate calificările tehnice necesare.

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

În vederea susținerii acestui motiv, entitatea contractantă a invocat:

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

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

3. *Împlinirea termenului de reziliere a contractului sectorial de lucrări nr. 1111/2018.*

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

1. Referitor la împlinirea termenului de reziliere a Contractului sectorial de lucrări nr. 36865/29.12.2017, învederează că a contestat notificarea de reziliere în instanță, fiind înregistrată o acțiune în anularea notificării, obiect al dosarului nr. 712/111/2021 aflat pe rolul Tribunalului Bihor, cu termen de judecată 14.09.2021.

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

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

Contestatoarea precizează că reprezentanții săi, împreună cu un reprezentant al COR MT JT Aleșd, s-au deplasat la fața locului, în vederea prezentării amplasamentului, în săptămâna 31.07.2018-07.08.2018, ocazie cu care s-a și semnat procesul-verbal. Ulterior semnării acestui proces-verbal, angajații entității contractante „*au operat modificări, în fals*”, în ceea ce privește data semnării procesului-verbal, inserând data de 31.01.2018, deși, la data respectivă, nu

operase predarea amplasamentului, data predării amplasamentului fiind în luna august, aspect confirmat și de aprobarea programului de lucrări în perioada respectivă.

Arată că, în cel mai scurt timp după predarea amplasamentului, respectiv în data de 15.08.2018 a procedat la efectuarea lucrărilor preparatoare pentru executarea lucrărilor de injecție de putere în localitatea Bratca, zona Valea Brătcuței, însă doar pe porțiunile pe care nu se regăseau culturi agricole, având în vedere că Primăria Comunei Bratca i-a comunicat că nu poate interveni pe amplasament până la data de 01.09.2018, pentru a nu crea pagube proprietarilor de terenuri agricole.

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

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

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

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

2. În ceea ce privește rezilierea Contractului sectorial de lucrări nr. 1111/2018, SC ...SRL precizează că a contestat și această măsură în fața instanței de judecată, formulând acțiune în anulare a notificării de reziliere nr. 67645/04.12.2021, ce formează obiectul dosarului nr. 711/111/2021 aflat pe rolul Tribunalului Bihor, cu termen de judecată 06.09.2021.

Prezentând succint motivele pentru care rezilierea contractului este netemeinică și nelegală, petenta menționează că, în zona în care se implementează acest proiect sunt în lucru concomitent și alte proiecte ale entității contractante și ale Primăriei Municipiului Oradea, motiv pentru care trebuie respectată o ordine de efectuare a lucrărilor, ordine

ce nu a fost avută în vedere de către entitatea contractantă la stabilirea termenului de execuție. Subliniază că termenul de execuție se calculează de la data predării unui amplasament liber de sarcini, ceea ce presupune că se calculează de la momentul în care SC ... SRL nu are nici un impediment în demararea lucrărilor de execuție.

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

Învederează faptul că un alt aspect esențial pentru demararea lucrărilor era închiderea circulației rutiere de către Primăria Municipiului Oradea, ceea ce s-a întâmplat doar în data 16.11.2020, aceasta fiind de fapt data de la care curge termenul de execuție asumat. Subliniază faptul că, și la această dată, amplasamentul nu era în totalitate liber de sarcini, având în vedere că pe amplasamentul situat pe Str. Nicolae Grigorescu și cel de pe Str. Iosif Vulcan - intersecția cu Str. Republicii, se desfășurau și se desfășoară în continuare lucrări de execuție aferente utilităților, în cadrul proiectului de „Pietonalizare zona Libertății din Municipiul Oradea”, beneficiar fiind Primăria Oradea.

Petenta arată că, în acest context, a realizat lucrările care erau posibile în circumstanțele date, respectiv a început, din 16.11.2020, lucrările de decopertare, săpare, pozare tub de protecție, pozare cabluri de joasă tensiune, montare firidă subterană lângă Restaurantul Oradea pe Strada Iosif Vulcan etc.

SC ... SRL precizează că trebuia să monteze și 2 posturi de transformare subterană, însă incertitudinea legată de eliberarea amplasamentului, coroborată cu contextul pandemic actual și impedimente de ordin tehnic au condus la decalarea termenului de livrare, însă chiar dacă respecta termenul de livrare asumat inițial, era imposibilă montarea acestor posturi de transformare subterană, din cauza problemelor legate de amplasament și a lucrărilor executate de către ceilalți executanți.

Subliniază faptul că entitatea contractantă nu și-a asumat riscul depozitării și manipulării acestor echipamente, în condițiile în care fiecare post e compus din 2 anvelope, fiecare cântărind aproximativ 40

de tone, care necesită pentru manipulare o macara de minim 400 de tone. Livrarea acestora trebuie efectuată în momentul în care pot fi și montate, tocmai datorită specificațiilor de mai sus, însă acestea nu ar putea fi montate nici în prezent datorită celorlalte proiecte ce se derulează în zonă.

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

Apreciază că, sub acest aspect, se impun următoarele precizări:

În cadrul contractului sectorial de lucrări nr. 15/2018, termenul de execuție asumat a fost depășit cu 49 de zile dar, după cum reiese și din adresa emisă chiar de către entitatea contractantă, nu din culpa SC ... SRL, ci a unei terțe persoane, respectiv RCS & RDS și Telekom. Această întârziere nu a produs un prejudiciu grav și nici nu denotă o culpă a sa.

Menționează că, ulterior emiterii acestui document constatator, a fost totuși desemnată câștigătoare în cadrul procedurilor de licitație „Extindere rețea electrică în localitatea Sîntandrei, str. Clopoșeilor, Modernizare LES MT str. Aurel Lazăr, Oradea, înlocuire firide de distribuție 0,4kV existente”.

În continuare, petenta aduce critici privind nelegalitatea și netemeinicia măsurii excluderii a societății sale din cadrul procedurii de atribuire în cauză, subliniind următoarele:

Temeiul excluderii sale din procedură a fost reprezentat de prevederile art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, invocându-se în susținerea acestui temei documentul constatator nr. 62960/20.09.2019 aferent contractului de lucrări nr. 15/2018, împlinirea termenului de reziliere a contractului sectorial de lucrări nr. 36865/2017 și împlinirea termenului de reziliere a contractului sectorial de lucrări nr. 1111/2018.

În opinia contestatoarei, pentru a face aplicarea dispozițiilor art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, în sensul excluderii din procedura de atribuire a operatorului economic care 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, entitatea contractantă trebuie să dispună de un „document considerat edificator” din acest punct de vedere, cum ar fi certificate, caziere judiciare sau alte documente echivalente emise de către autorități competente, astfel cum prevăd dispozițiile art. 181 alin. (1) din același act normativ.

Afirmă că, raportat la aceste prevederi legale exprese și imperative și nu în raport de alte criterii aleatorii și subiective, urmează a se stabili dacă în sarcina societății sale pot fi reținute încălcări grave și repetate ale obligațiilor ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract sectorial sau al unui contract de concesiune încheiate anterior.

Astfel, apreciază că existența unor atare încălcări va putea fi stabilită față de SC ... SRL exclusiv în condițiile și limitele expres stipulate în art. 181 alin. (1) Legea nr. 99/2016, prin raportare la art. 180 alin. (1) lit. g) și alin. 6) Legea nr. 99/2016.

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

a) În ceea ce privește împlinirea termenelor de reziliere a contractelor sectoriale de lucrări nr. 36865/2017 și nr. 1111/2018, afirmă că acestea nu pot constitui temei al excluderii sale din procedura de atribuire în condițiile Legii nr. 99/2016.

Subliniază faptul că rezilierea este sancțiunea care intervine în cazul neexecutării culpabile a unei obligații izvorâte dintr-un contract (în principiu, sinalagmatic) cu executare succesivă, constând în desfacerea contractului respectiv (numai pentru viitor). Desfacerea contractului pentru viitor se împlinște, printre altele, ca efect al declarației de reziliere a părții interesate (respectiv a creditorului obligațiilor contractuale neexecutate), declarație care posedă un veritabil caracter unilateral, reprezentând manifestarea de voință unilaterală și potestativă a părții contractante creditoare.

Având în vedere aceste aspecte, contestatoarea apreciază ca fiind evident că o declarație de reziliere nu poate constitui probă suficientă pentru excluderea sa din procedura de atribuire.

Mai mult, susține că, la data emiterii deciziei de excludere atacată, pe rolul instanțelor de judecată (Tribunalul Bihor) există litigii vizând rezilierea contractelor sectoriale de lucrări nr. 36865/2017 și nr. 1111/2018.

Prin urmare, apreciază că, întrucât declarațiile de reziliere susmenționate au fost atacate în justiție cu acțiuni în anulare rezultă că nu este stabilit cu caracter definitiv faptul că, SC ... SRL și-ar fi 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, dar nici faptul că aceste încălcări au condus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Arată că, raportat la atacarea cu acțiuni în anulare a notificărilor de reziliere și la faptul că aceste procese sunt în curs de judecată pe rolul Tribunalului Bihor, a formulat cererea de suspendare a soluționării contestației pendinte întemeiat pe art. 25 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Autoarea contestației i susține că încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale din cadrul unui contract de achiziții publice sau al unui contract sectorial nu se constată prin decizii de reziliere unilaterale

provenind din partea entității contractante, dimpotrivă atestarea modului de derulare/executare a unui contract realizându-se conform Legii nr. 99/2016 prin întocmirea a cu totul alte documente/înscrisuri care evidențiază informații referitoare la modalitatea de îndeplinire a obligațiilor contractuale de către contractantul operator economic.

Subliniază faptul că declarațiile unilaterale de reziliere din partea entității contractante nu se încadrează în categoria actelor reglementate expres de art. 181 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 apte să ateste îndeplinirea sau neîndeplinirea obligațiilor contractuale din contractele de achiziții publice/contractele sectoriale, respectiv nu satisfac exigențele acestui text legal, neputând fundamenta o decizie de excludere a sa din procedura de atribuire.

În plus față de cele anteexpuse, pe fondul declarațiilor de reziliere din partea entității contractante, susține că societății sale nu-i pot fi imputate încălcări grave și repetate ale obligațiilor contractuale, în condițiile în care, deși nu au fost anulate, până la data prezentei, prin hotărâri judecătorești definitive, documentele care atestă în mod neîntemeiat pretinse astfel de încălcări, a făcut dovada că nu este răspunzătoare pentru întârzierile înregistrate, acestea fiind rezultatul unor motive obiective, independente de conduita sa, fiind vorba de obligații restante ale entității contractante, în lipsa cărora a fost pusă în imposibilitatea de a continua lucrările începute.

Mai mult, subliniază faptul că aceste contracte în cadrul cărora s-au înregistrat aceste „încalcări grave” au fost executate în proporție de peste 90%.

În ce privește contextul emiterii notificărilor de reziliere, menționează ca relația contractuală a SC ... SRL cu intimata a fost și este de lungă durată, aceasta fiind marcată doar de trei comunicări de reziliere, nejustificate și nelegale în opinia sa, ce fac obiectul unor procese pe rolul instanțelor, emise și comunicate societății într-un interval de nouă zile calendaristice (în perioada 26.11.2020-04.12.2020) din care doar cinci zile lucrătoare (26/27.11.2020 și 02/03/04.12.2020), perioadă în care s-au înregistrat și doua zile de sărbătoare legală (30.11.2020 și 01.12.2020). Apreciază că aceste aspecte probează premeditarea acestor acțiuni și fapte ale intimatei, care i-a comunicat declarații de reziliere cu o frecvență medie de aproximativ 1,5 zile/comunicare reziliere.

Reiterează faptul că toate aceste măsuri de reziliere au fost atacate în justiție de către societatea sa, cu acțiuni în anulare în dosarele nr. 711/111/2021 (lucrare - Madach Imre) și nr. 712/111/2021 (lucrare - Valea Bratcutei), aflate în prima instanță, pe rolul Tribunalului Bihor, în etapa probațiunii.

În opinia petentei, în adoptarea deciziei de excludere a sa din procedura de atribuire, entitatea contractantă trebuia să aprecieze, în mod concret și în concordanță cu prevederile art. 161 alin. (8) din H.G. nr. 324/2016, printr-o analiză a întregii sale activități, că este capabilă

să își îndeplinească obligațiile contractuale viitoare, fără riscul unor probleme de executare.

În sprijinul susținerilor sale, autoarea contestației face trimitere la dispozițiile art. 57 alin. (6) din Directiva 2014/24, coroborate cu considerentul 102 ale aceleiași directive

b) Invocând nelegalitatea documentul constatator nr. 62960/20.09.2019, emis de entitatea contractantă, petenta solicită Consiliului „înlăturarea acestuia din cauză”, respectiv dintre temeiurile ce au fundamentat decizia de excludere a societății sale din procedura de atribuire, urmând a proceda la analiza actelor atacate și, implicit, a contestației.

Cu titlu prealabil, arată că, în cadrul litigiilor existente pe rolul instanțelor de contencios administrativ (ex. dosarul nr. 627/111/2021 în recurs la Curtea de Apel Cluj a cărei judecată este suspendată până la soluționarea dosarelor având ca obiect acțiuni în anularea notificărilor de reziliere nr. 711/111/2021, nr. 712/111/2021 și nr. 715/111/2021) vizând alte proceduri de atribuire, în care s-a dispus, în mod similar, excluderea sa din procedurile de atribuire din aceleași considerente, a invocat excepția de nelegalitate a documentului constatator nr. 62960/20.09.2021, în conformitate cu art. 4 din Legea nr. 554/2004.

Menționează că, pentru identitate de rațiune, prezintă argumentele de nelegalitate ale documentului constatator nr. 62960/20.09.2019 invocate și în fața instanțelor de judecată, caracterul ilegal al acestuia decurgând din următoarele:

b.1.) Din punct de vedere al cronologiei actelor administrative emise de entitatea contractantă, autoarea contestației subliniază faptul că, în data de 01.10.2018, s-a încheiat procesul-verbal de recepție la terminarea lucrărilor nr. 1720/01.10.2018, prin care, în urma constatărilor făcute, comisia de recepție a decis admiterea recepției la terminarea lucrărilor, reținând că lucrările sunt executate conform proiectului nr. 1736/2017.

Aproximativ un an mai târziu, respectiv în data de 20.09.2019, entitatea contractantă a emis și i-a comunicat documentul constatator nr. 62960/20.09.2019, în care, la punctul nr. 8 lit. b), a consemnat „nerespectarea termenelor contractuale executare lucrări: întârzierea cu 49 de zile a termenului de finalizare a lucrărilor”.

Astfel, contestatoarea precizează că, pentru prima dată, la un an de la data recepției la terminarea lucrărilor, a luat la cunoștință despre imputarea în sarcina sa a întârzierii cu 49 de zile a termenului de finalizare a lucrărilor, ca efect al comunicării documentului constatator nr. 62960/20.09.2019 .

Consideră că întocmirea și comunicarea documentului constatator nr. 62960/20.09.2019 la aproximativ un an de la data încheierii procesului-verbal de recepție la terminarea lucrărilor s-a realizat cu încălcarea flagrantă a prevederilor art. 161 alin. (1) lit. e) din H.G. nr.

394/2016, care impun expres si imperativ respectarea termenului de 14 zile pentru emiterea documentelor constatatoare .

Învederează faptul că termenul de 14 zile, calculat de la data încheierii procesului-verbal de recepție la terminarea lucrărilor pentru emiterea documentelor constatatoare are natura unui termen de decădere, a cărui nerespectare atrage decăderea părții interesate din dreptul de întocmire/emitere a documentului afectat de acest termen.

Prin urmare, consideră că în speță a intervenit decăderea entității contractante din dreptul de a emite documentul constatator nr. 62960/20.09.2019.

b.2) Contestatoarea susține că depășirea termenelor contractuale de execuție nu se datorează unei conduite culpabile a societății sale ci, dimpotrivă unor motive obiective, străine de conduita sa și chiar conduitei culpabile a entității contractante.

În acest sens, arată că între SC ... SRL și entitatea contractantă a intervenit contractul sectorial de lucrări nr. 15/2018, acesta fiind încheiat/semnat între părți după cum urmează: de către intimată la data de 16.01.2018, iar de către societate la data de 30.01.2018.

Menționează că, potrivit art. 6.2 contract, durata de execuție a lucrărilor este de 6 luni de la data semnării procesului-verbal de predare-primire amplasament liber de sarcini, conform graficului de execuție. Totodată, potrivit graficului de execuție, lucrarea urma a fi executată pe parcursul a 6 luni calendaristice (luna 1-6 a anului 2018), în fiecare lună executantul urmând a executa lucrări de o valoare minimă, indicată în acest grafic.

Mai arată că, potrivit art. 14.2 contract, entitatea contractantă are obligația de a pune la dispoziția executantului, fără plată, dacă nu s-a convenit altfel: a) amplasamentul lucrării liber de orice sarcină, iar conform art. 17.1 lit. a) și c): „întârzierea și sistarea lucrărilor are loc în cazul în care: a) condițiile climaterice extreme de nefavorabile; c) orice alt motiv de întârziere sau sistare, care nu se datorează executantului și nu a survenit prin încălcarea contractului de către acesta, îndreptățesc executantul să solicite prelungirea termenului de execuție a lucrărilor sau a oricărei părți din acestea.

Prin urmare, rezultă următoarele:

- contractul sectorial de lucrări a fost încheiat între părți abia la data de 30.01.2018 (data semnării de către SC ... SRL a contractului), astfel încât durata de execuție a lucrării reglementată contractual nu a putut începe să curgă de la data de 01.01.2018;

- conform prevederilor contractuale suscite, durata de execuție a lucrărilor începe să curgă, cel mai devreme, la data predării/primirii amplasamentului lucrării liber de orice sarcini.

Precizează că predarea amplasamentului nu a fost realizată de către entitatea contractată, astfel cum obligația contractuală îi impunea, în concret, executarea și terminarea lucrării de către societatea sa fiind împiedicată de conduita culpabilă a entității contractante care nu i-a predat amplasamentul lucrării liber de sarcini, mai exact amplasamentul

lucrării era ocupat de circuite de telecomunicații aparținând RDS&RCS și ... SA, amplasate pe vechii stâlpi, care astfel nu au putut fi demontați în termen de către SC ... SRL.

În acest sens, face trimitere la notificarea nr. 342/05.10.2018 a pe care a adresat-o ... SA, prin care a solicitat tocmai eliberarea amplasamentului lucrării, prin mutarea circuitelor de telecomunicații pe noii stâlpi plantați de către societatea sa, menționându-se expres că din cauza neeliberării amplasamentului nu pot fi terminate lucrările.

-Întârzierea în terminarea lucrărilor contractate în baza contractului sectorial de lucrări nr. 15/2018 a fost determinată, de asemenea, de condițiile meteorologice nefavorabile din iarna anului 2018, lucrările fiind începute de către SC ... SRL de îndată ce condițiile metereologice i-au permis.

În susținere, petenta face trimitere și atașează adresa nr. 2335/04.06.2021, emisă de ANM - Centrul meteorologic regional Banat-Crișana, care atestă temperaturile scăzute, natura și cantitatea precipitațiilor în intervalul de timp 1 februarie - 31 martie 2018.

În același sens, contestatoarea precizează că atașează normativele tehnice privind condițiile execuției lucrărilor cu cabluri/conductoare, precum și extras din memoriul aferent proiectului „Schimbare conductoare în localitatea Santău, jud Bihor” (proiect în legătură cu care a fost emis documentul constatator nr. 62960/20.09.2019), care evidențiază ca aceste lucrări pot fi executate exclusiv la temperaturi mai mari de 5 grade Celsius.

Precizează că a solicitat entității contractante, în deplin acord cu prevederile art. 17.1 lit. c) contract, o prelungire a termenului de execuție, justificat tocmai de nepredarea la termen de către intimată a amplasamentului lucrării liber de sarcini, conform cererii din data de 31.11.2018. În această cererea arătat faptul că întârzierea în terminarea lucrărilor se datorează unor împrejurări care exclud vina/culpa sa, descriind aceste împrejurări (similar celor de mai sus), motiv pentru care a considerat că nu poate fi obligată nici la plata de penalități de întârziere (facturate de entitatea contractantă pe seama societății, conform facturii fiscale nr. 9210134911/18.09.2018, pe care am returnat-o intimatei cu solicitarea de stornare/anularea a acesteia).

Consideră că cele prezentate relevă, dincolo de orice echivoc faptul că întârzierea în terminarea lucrărilor contractate în baza contractului de lucrări nr. 15/2018 s-a datorat unor împrejurări străine de culpa SC ... SRL

c) Contestatoarea arată că, pentru a fi incidente dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. g) și alin. 6, coroborat cu art. 181 alin. (1), respectiv pentru a se putea dispune excluderea unui operator economic din procedura de atribuire, legiuitorul a impus îndeplinirea cumulativă a două condiții, respectiv:

- a. neîndeplinirea gravă sau repetată a obligațiilor contractuale să fi fost cauzată de motive imputabile ofertantului,
- b. faptele de la lit. a) să fi condus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Învederează faptul că, în lumina prevederilor art. 180 alin. (6) din Legea nr. 99/2016, noțiunea de încălcări grave ale obligațiilor contractuale este definită, cu titlu exemplificativ, ca reprezentând neexecutarea obligațiilor privind livrarea produselor sau serviciilor, ori neexecutarea lucrărilor, livrarea unor produse sau servicii care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației avute în vedere de entitatea contractantă, ori executarea unor lucrări care nu respectă cerințele caietului de sarcini, sau un comportament necorespunzător care creează îndoieli serioase cu privire la credibilitatea operatorului economic.

Subliniază faptul că ceea ce i se reproșează prin documentul constatator a cărui nelegalitate o invocă este depășirea termenelor de execuție cu 49 de zile, iar această pretinsă faptă nu se regăsește printre cele care intră în noțiunea de încălcare gravă conform textului legal menționat.

Sub acest aspect, apreciază că prima instanță era obligată să se pronunțe cu privire la legalitatea măsurii de excludere, sens în care, prin raportare la art. 180 alin. (1) lit. g), alin. (6) și art. 181 alin. (1) Legea nr. 99/2016, trebuia să analizeze îndeplinirea următoarelor condiții cumulative, simpla existența a documentului constatator neputând conduce la validarea măsurii excluderii subscrisei din procedura de atribuire:

1. dacă încălcările constatate, raportat la situația de fapt prezentată de către SC ...SRL, dovedită și necontrazisă prin probe de către intimată, reprezintă încălcări grave ale obligațiilor contractuale care să conducă la afectarea capacității operatorului economic de a-și asuma proiecte noi pe care să le poată executa corespunzător;
2. dacă s-a procedat, dincolo de simpla enumerare a unor situații, la o analiză individuală a situației operatorului economic, analiză care să fie reflectată într-o motivare a deciziei de excludere, adică să se indice în mod clar și explicit care sunt motivele pentru care autoritatea contractantă este convinsă că operatorul economic nu este un partener contractual de încredere, care să își poată îndeplini corespunzător obligațiile asumate. Simpla enumerare a unor situații nu îndeplinește exigențele unei motivări a deciziei luate, aspect confirmat de către practica judiciară.
3. dacă i s-a dat operatorului economic posibilitatea de a proba că incidentele anterioare nu vor afecta modul de desfășurare a relațiilor contractuale în cazul în care va fi desemnat câștigător al licitației; practic entitatea contractantă trebuia să solicite SC ... SRL explicații cu privire la modalitatea de evitare a unor astfel de situații pe viitor, prin solicitarea de a i se pune la dispoziție un plan de măsuri adoptate, ceea ce nu s-a întâmplat.

În susținerea afirmațiilor sale, ... SRL invocă cauza G465/11 Forposta SA, ABC Direct Contact sp. z o.o. vs. Poczta Polska S.A. care a avut ca obiect o cerere de decizie privind interpretarea art. 45 (2) litera (d) din Directiva 2004/18/CE, coroborat cu articolul 53 (3) și cu articolul 54 (4) din Directiva 2004/17/CE.

De asemenea, invocând prevederile art. 161 alin. (8) din H.G. nr. 394/2016, petenta apreciază că o analiză a comisiei de evaluare trebuie să se regăsească într-o decizie motivată de excludere. O simplă înșiruire a unor documente, care au fost emise de către o autoritate contractantă și contestate de către operatorul economic nu reprezintă o motivare efectivă și nici nu îndeplinește rigorile unei analize din partea comisiei de evaluare a ofertelor, decizia autorității contractante fiind nulă pentru lipsa motivării acesteia și, totodată, manifestându-se ca un exces de putere al autorității.

În acest sens, face trimitere la Decizia nr. 239/2021 pronunțată de Curtea de Apel Iași.

Susține că, pentru a putea fundamenta o decizie de excludere din procedura de atribuire, întârzierile în ceea ce privește terminarea lucrărilor de care afirmativ s-ar fi făcut vinovată trebuie să fost unele semnificative, cu o anumită pondere în valoarea contractului, iar consecința acestora să fi condus la anumite pagube în dauna autorității emitente a documentului constatator, precum, cu titlu exemplificativ, eventuala pierdere a finanțării, necesitatea apelării la serviciile unor terți etc, aspecte care nu pot fi identificate în cauză.

Reiterează faptul că, din cuprinsul documentului constatator nu rezultă săvârșirea unor abateri profesionale grave și nici că din cauza acestora ar fi avut loc încetarea anticipată a contractului sau că entitatea contractantă a suferit daune-interese în sensul art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016.

Subliniază faptul că entitatea contractantă nu a demonstrat în speță că societatea sa și-ar fi încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract sectorial și nici că aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Mai mult, arată că documentul constatator face referire, la pct. 9, la un afirmat prejudiciu constând în „micșorarea bazei de active reglementate”, or raportat la natura încălcării afirmate, și anume întârzierea în terminarea lucrărilor, un atare prejudiciu este exclus pentru că simpla depășire a termenului de terminare a lucrării nu echivalează cu neexecutarea lucrării sau cu deficiențe/neconformități în executare, singurele în măsură să justifice concluzia unei micșorări de active.

Prin urmare, apreciază ca fiind evident este evident faptul că depășirea termenului de terminare a lucrărilor nu a provocat un prejudiciu intimei și nici nu poate constitui temei de decredibilizare a SC ... SRL.

Nu în ultimul rând, susține că măsura excluderii sale din procedura de atribuire și, implicit, hotărârea atacată care confirmă această măsură, contravin principiului proporționalității consacrat de art. 2 lit. (e) din Legea nr. 99/2016, fiind disproporționată în raport cu deficiența reținută în sarcina sa.

Afirmă că decizia autorității contractante este evident contrară principiului proporționalității, conducând la scoaterea sa, pe nedrept, dintr-un circuit comercial în care activează de peste 20 de ani.

Având în vedere cele expuse solicită admiterea contestației și pronunțarea, conform art. 26, art. 27 și art. 34 din Legea nr. 101/2016, a unei decizii de anulare a actelor atacate și de obligare a entității contractante la emiterea unei decizii de atribuire către SC ... SRL a contractului sectorial de lucrări.

Sub acest aspect, menționează că oferta sa îndeplinește toate criteriile impuse, atât de ordin tehnic, cât și de ordin financiar pentru a fi declarată câștigătoare, în speță devenind incidente prevederile art. 34 din Legea nr. 101/2016 conform cărora CNSC poate decide atribuirea contractului unui operator economic, atunci când calitatea sa de câștigător rezultă din informațiile cuprinse în dosarul de soluționare a contestației.

În drept, au fost invocate dispozițiile art. 8 și urm., art. 10 și urm., art. 12 și urm., art. 24 - art.27, art. 34 Legea nr. 101/2016, precum și celelalte texte legale menționate în cuprinsul contestației.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Prin adresa nr. 15587/16.07.2021, înregistrată la CNSC cu nr. 37033/19.07.2021, ... SA, prin Sucursala Oradea a transmis documentul intitulat „Note scrise”, prin care solicită respingerea contestației formulată de SC ... SRL, pe cale de excepție, pentru nedepunerea dovezii de constituire a cauțiunii în cuantumul prevăzut de art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, iar pe fond, ca nefondată.

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

Cu titlu preliminar, apreciază că pe calea contestației depusă în cadrul procedurii de atribuire nu pot fi puse în discuție aspecte ce țin de legalitatea/temeinicia înscrisurilor ce stau la baza deciziei de excludere a contestatoarei, atâta timp cât respectivele documente/stare de fapt consemnată prin aceste documente nu a fost răsturnată prin anularea documentelor de către instanța de judecată.

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

Învederează faptul că obligația autorităților contractante de a emite documente constatatoare este prevăzută de art. 161 din H.G. nr. 394/2016, același articol stabilind termenele în care autoritățile au obligația de a emite documentele, precum și faptul că acestea pot fi contestate potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004.

Prin urmare, consideră că natura juridică a documentului constatator nr. 62960/2019 este aceea de act administrativ emis în executarea contractelor de achiziție publică, iar termenul pentru contestarea/anularea acestui document s-a împlinit, fără ca acest act să fie contestat sau anulat de către o instanță de judecată.

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

Pe de altă parte, organizatoarea procedurii precizează că a indicat acest document constatator printre motivele de excludere, dar nu este important înscrisul ca atare, cât starea de fapt consemnată în acest înscris, și anume întârziere în executarea lucrărilor ce formau obiectul contractului sectorial de lucrări nr. 15/2018.

Arată că fiind evidentă astfel existența unei abateri, care nu i-a cauzat prejudicii, prin nerespectarea obligației principale privind finalizarea lucrărilor în termenul contractual, a calculat și i-a solicitat contestatoarei penalități de întârziere.

B. Entitatea contractantă menționează că, pentru aceleași motive de excludere de la procedura contestată în prezentul dosar, petenta a formulat contestației în fața CNSC, ce a format obiectul dosarului nr. ... iar, prin decizia nr. ..., Consiliul s-a pronunțat în sensul respingerii contestației.

C. În opinia entității contractante, nu pot fi primite susținerile contestatoarei nici cu privire la așa zisele „declarații de reziliere” a contractelor sectoriale de lucrări nr. 1111/28.11.2018, nr. 33/22.01.2018 respectiv nr. 36865/29.12.2017, contracte care reprezintă legea părților (art. 26.4 teza finală din fiecare contract: „Contractul încetează de plin drept de la data împlinirii termenului din notificare, fără punerea în întârziere și fără îndeplinirea altor formalități”), deoarece:

- În temeiul prevederilor art. 26.4 din fiecare din contractele arătate mai sus, prevederi care reprezintă un pact comisoriu de gr IV, acceptat prin semnarea contractelor, ... a transmis contestatoarei notificările de

reziliere a contractelor, notificări prin care a învederat acesteia că încetarea fiecărui contract urmează a se produce la împlinirea celor 30 de zile calendaristice de la data primirii notificării (în cazul în care lucrările nu se finalizau în interiorul acestui termen).

- Lucrările nu au fost finalizate, astfel că încetarea fiecărui contract s-a produs de drept, la împlinirea celor 30 de zile din notificare (în fapt la data de 02.01.2021 pentru contractul nr. 36865/29.12.2017, respectiv la data de 04.01.2021 pentru contractul nr. 1111/28.11.2018). Precizează că este vorba de contracte încheiate în anul 2017, respectiv 2018, cu durată de execuție a lucrărilor de 6 luni, respectiv de 12 luni de la semnarea procesului verbal de predare amplasament, lucrările deși începute, nefiind finalizate nici la 3 ani de la începerea lucrărilor.

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

- Acțiunile ce au ca obiect anularea notificărilor de reziliere a contractelor au fost înregistrate pe rolul instanțelor de judecată la data de 05.02.2021, după ce aceste contracte au încetat de plin drept în baza pactului comisoriu de gr. IV;

- Contestatoarea nu aduce la cunoștința CNSC faptul că cererile de suspendare a efectelor notificărilor de reziliere aferente contractelor nr. 1111/2018, respectiv nr.36865/2017, formulate pe cale de ordonanță președințială la data de 05.02.2021 (după ce a avut loc încetarea de drept a contractelor), au fost respinse în mod definitiv prin soluțiile pronunțate în cadrul dosarelor nr. 714/111/2021, respectiv nr. 716/111/2021 ale Curții de Apel Oradea. Prin urmare, cu putere de lucru judecat, instanțele au decis că nu sunt îndeplinite condițiile legale pentru a putea fi dispusă suspendarea efectelor notificărilor de reziliere a acestor contracte, contracte care au încetat de plin drept în baza pactului comisoriu de gr. IV;

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

Entitatea contractantă precizează că, aflându-se în situația reglementată de lege, pentru abaterile repetate și pentru încetarea

anticipată a 3 contracte sectoriale de lucrări (lucrări începute în anul 2018 și nefinalizate nici în prezent) a luat decizia de excludere a contestatoarei de la procedura de atribuire, iar această excludere este legală și temeinică, întemeiată în drept pe dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. g) coroborat cu prevederile art. 180 alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

Învederează faptul că în baza acelorași documente și a aceleiași stări de fapt, contestatoarea a fost exclusă de la un număr de patru proceduri de atribuire, excluderi care au fost de asemenea contestate exclusiv pe cale judiciară - contestațiile ce au format obiectul dosarelor nr. 627/111/2021, nr. 684/111/2021, nr. 686/111/2021 și nr. 783/111/2021, dosare în care contestațiile au fost respinse, după cum urmează:

- în mod definitiv în cadrul dosarului nr. 684/111/2021, de către Curtea de Apel Cluj prin Decizia nr. 615/24.05.2021;
- în mod definitiv în cadrul dosarului nr. 686/111/2021, de către Curtea de Apel Cluj prin Decizia nr. 795/01.07.2021;
- în mod definitiv în cadrul dosarului nr. 783/111/2021, Tribunalul Cluj, prin Sentința nr. 1019/13.04.2021 anulând contestația ca netimbrată;
- pe fond, în cadrul dosarului nr. 627/111/2021, Tribunalul Cluj prin Sentința nr. 981/09.04.2021.

În opinia entității contractante, faptul că în recurs s-a dispus suspendarea soluționării recursului nu prezintă nici o relevanță în soluționarea cererii de suspendare a contestației. Arată că cererea de suspendare a fost soluționată în condițiile în care nu a fost legal citată la termenul de judecată și nu i-a fost comunicată cererea de suspendare, formulată de către SC ... SRL, chiar în acea zi în care a avut incidentul procedural legat de nelegala citare.

Entitatea contractantă precizează că a formulat cerere de repunere pe rol a cauzei în acest dosar, iar în cazul în care aceasta nu va fi admisă, va formula recurs împotriva încheierilor, conform prevederilor art. 414 Cod procedură civilă.

Consideră relevant faptul că instanțele indicate mai sus au reținut, fiecare în parte, faptul că, în condițiile în care documentul constatator nr. 62960/2019 nu a fost contestat niciodată, iar notificările de reziliere a contractelor sectoriale de lucrări nr. 1111/28.11.2018, nr. 33/22.01.2018 respectiv nr. 36865/29.12.2017, chiar dacă acestea sunt atacate, efectele rezilierii se produc pe deplin, iar starea de fapt și de drept este confirmată în cauză prin înscrisurile depuse la dosare, motive pentru care soluția nu poate fi decât aceea că excluderea contestatoarei s-a făcut în mod întemeiat, iar actele atacate în fiecare dosar au fost în mod legal emise.

În opinia organizatoarei procedurii, în speță trebuie dată eficiență și recunoscută atât puterea de lucru judecat (având în vedere respingerea acțiunilor prin care s-a solicitat suspendarea efectelor

notificărilor de reziliere a contractelor), cât și autoritatea de lucru judecat (având în vedere soluțiile definitive din dosarele nr. 684/111/2021, nr. 686/111/2021 ale Curții de Apel Cluj).

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

Mai mult, precizează că mai există un document constatator negativ - documentul constatator nr. 14565/05.03.2020, emis în executarea contractului sectorial de lucrări nr. 17/2018, contract încheiat între contestatoare și ... SA, dar care nu a fost luat în considerare datorită faptului că formează obiectul unui dosar (dosarul nr. 3722/111/2020, aflat pe rolul Tribunalului Bihor).

Față de aspectele învederate mai sus, organizatoarea procedurii arată că, în condițiile în care a avut mai multe contracte sectoriale de lucrări încheiate/în derulare cu contestatoarea, a avut la dispoziție toate elementele/informațiile necesare pentru a face o analiză pertinentă cu privire la credibilitatea/posibilitatea reală a acesteia de a duce la bun sfârșit și la termen lucrările ce fac obiectul procedurii de atribuire contestate.

Astfel, precizează că, aflându-se în situația reglementată de lege pentru abaterile repetate și pentru încetarea anticipată a trei contracte sectoriale de lucrări (lucrări începute în anul 2018 și nefinalizate nici în prezent), a luat decizia de excludere a petentei de la procedura de atribuire, iar această excludere este legală și temeinică, întemeiată în drept pe dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. g) coroborat cu prevederile art. 180 alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

În ceea ce privește susținerile contestatoarei potrivit căroră, la analizarea legalității măsurii de excludere, trebuie avute în vedere mai multe condiții, organizatoarea procedurii consideră că sunt total neavenite și nefondate în speța de față, având în vedere următoarele aspecte:

- În primul rând, decizia de excludere are în vedere abateri repetate și nu o singură abatere gravă.
- În al doilea rând, există o motivare suficientă a deciziei de excludere, în condițiile în care se arată în mod clar faptul că excluderea are la bază trei situații, suficiente în condițiile în care acestea reprezintă abateri repetate (condiție prevăzută de legiuitor): documentul constatator indicat, care nu a fost contestat niciodată și rezilierea/încetarea de drept, din culpa contestatoarei, a unui număr de trei contracte sectoriale, încetarea respectivelor contracte fiind o stare de fapt ce rezultă cu evidență din notificările de reziliere, emise în temeiul prevederilor art. 26.4 din fiecare contract, clauză potrivit căreia contractul încetează de drept la împlinirea celor 30 de zile de la comunicarea notificării de reziliere, termen care era demult împlinit la data la care contestatoarea a fost exclusă de la

procedura de atribuire (Contractul nr. 33/2018 a încetat de drept la data de 02.01.2021, în baza Notificării de reziliere 66268/26.11.2020, comunicată la data de 02.12.2020; Contractul nr. 36865/2017 a încetat de drept la data de 02.01.2021, în baza Notificării de reziliere nr. 66266/26.11.2020, comunicată la data de 02.12.2020, iar Contractul nr. 1111/2018 a încetat de drept la data de 04.01.2021, în baza Notificării de reziliere nr. 67645/04.12.2020, comunicată la data de 04.12.2020).

- În al treilea rând, s-a luat decizia de a rezilia contractele, iar această decizie de reziliere a fost una motivată și necontestată de către contestatoarele (în sensul de a suspenda termenul de 30 de zile și, implicit, efectele notificării de reziliere), iar documentul constatator emis reflectă o depășire a termenului de execuție, document ce nu a fost contestat, și, mai mult decât atât, mai există o situație de nerespectare a obligațiilor contractuale, conform documentului constatator nr. 4565/05.03.2020, emis în executarea contractului sectorial de lucrări nr. 17/2018, contract încheiat între contestatoarea și DEER SA, dar care nu a fost luat în considerare datorită faptului că formează obiectul dosarului nr. 3722/111/2020, aflat pe rolul Tribunalului Bihor, unde DEER SA a formulat o poziție de opunere la admiterea acțiunii relațiilor contractuale în cazul în care va fi desemnat câștigător al licitației.

Organizatoarea procedurii subliniază faptul că, deși contestatoarea afirmă că ... SA ar avea o culpă în ceea ce privește neexecutarea contractelor sectoriale anterioare, aceasta nu a depus nici un înscris în cadrul prezentului dosar prin care să facă dovada faptului că, pe durata executării contractelor reziliate, au fost formulate notificări către ea cu privire la eventuala sa culpă (nerespectarea unor obligații ce-i reveneau potrivit respectivelor contracte).

Învederează faptul că, fiind vorba de contracte sinalagmatice, contestatoarea putea invoca excepția de neexecutare a contractului, putea solicita obligarea DEER SA la îndeplinirea obligațiilor, putea solicita prelungirea termenului de execuție (dar în interiorul duratei de execuție inițiale, conform clauzei art. 17 din contract), putea formula acțiune prin care să suspende efectele notificării de reziliere sau acțiune prin care să solicite obligarea DEER SA la îndeplinirea propriilor obligații, însă nu a făcut nici un demers în sensul celor arătate.

Având în vedere considerentele de mai sus, entitatea contractantă solicită respingerea contestației ca neîntemeiată.

În probațiune, au fost depuse, în copie certificată, documente ale dosarului achiziției publice.

În drept, au fost invocate dispozițiile Legii nr. 101/2016 și Legii nr. 99/2016.

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

...a organizat procedura simplificată, derulată online în vederea atribuirii contractului sectorial de lucrări având ca obiect *„Extindere rețea electrică în localitatea Betfia, zona UTR2, județul Bihor”*, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. .../01.06.2021. Valoarea estimată a contractului de lucrări este de 40.273 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire aplicat este „prețul cel mai scăzut”.

Decizia privind rezultatul procedurii i-a fost comunicată SC ... SRL prin adresa nr. 2130 din 05.07.2021, în care se arată că a fost exclusă din procedura de atribuire, în conformitate cu dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. g) și alin. (6) din Legea nr. 99/2016, *„întrucât se află în situația în care și-a încălcat, în mod repetat, obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract sectorial de lucrări, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a contractelor respective, precum și la plata de daune interese”*.

Împotriva acestei decizii a autorității contractante, SC ... SRL a înaintat Consiliului contestația de față (consemnând cauțiunea în valoare de 805,46 lei, cu recipisa de consemnare nr. 207348706 din 19.07.2021, emisă de CEC Bank – Sucursala Oradea), solicitând cele menționate în partea introductivă.

Înainte de a trece la soluționarea pe fond a contestației, Consiliul reține că societatea contestatoare a solicitat suspendarea soluționării contestației până la soluționarea definitivă a dosarului nr. 712/111/2021, arătând că documentele invocate de entitatea contractantă în susținerea temeiului excluderii sale nu respectă exigențele imperative prevăzute la art. 181 alin. (1) Legea nr. 99/2016. Mai arată că în ceea ce privește împlinirea termenelor de reziliere a contractelor sectoriale de lucrări nr. 36865/2017 și nr. 1111/2018, acestea nu pot constitui temei al excluderii sale din procedura de atribuire în condițiile Legii nr. 99/2016, că rezilierea este sancțiunea care intervine în cazul neexecutării culpabile a unei obligații izvorâte dintr-un contract (în principiu, sinalagmatic) cu executare succesivă, constând în desfacerea contractului respectiv (numai pentru viitor), că desfacerea contractului pentru viitor se înfăptuiește, printre altele, ca efect al declarației de reziliere a părții interesate (respectiv a creditorului obligațiilor contractuale neexecutate), declarație care posedă un veritabil caracter unilateral, reprezentând manifestarea de voință unilaterală și potestativă a părții contractante creditoare, și că la data emiterii deciziei de excludere atacată, pe rolul instanțelor de judecată (Tribunalul Bihor) există litigii vizând rezilierea contractelor sectoriale de lucrări nr. 36865/2017 și nr. 1111/2018. Prin urmare, apreciază că, întrucât declarațiile de reziliere susmenționate au fost atacate în justiție cu acțiuni în anulare rezultă că nu este stabilit cu caracter definitiv faptul că SC ... SRL și-ar fi 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, dar nici faptul că aceste încălcări au condus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile. Arată că, raportat la atacarea cu

acțiuni în anulare a notificărilor de reziliere și la faptul ca aceste procese sunt în curs de judecata pe rolul Tribunalului Bihor, a formulat cererea de suspendare a soluționării contestației pendinte întemeiat pe art. 25 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Având în vedere că în cazul litigiului invocat de contestatoare, este vorba de un contract desfășurat între aceleași părți din litigiul de față, atât contestatoarea cât și autoritatea contractantă invocând o colaborare deficitară în cadrul documentelor depuse în fața Consiliului, a impune entității o anumită conduită față de contestatoare excede competențelor Consiliului, litigiul invocat, respectiv Dosarul nr. 711/111/2021 aflat pe rolul [Tribunalul BIHOR](#) urmând a fi soluționat de respectiva instanță, neputându-se dispune ca măsură asigurătorie, de către Consiliu, suspendarea soluționării litigiului de față. Potrivit prevederilor art. 15 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, procedura de soluționare a contestațiilor se desfășoară cu respectarea principiului celerității. Prin urmare, suspendarea soluționării prezentului dosar în temeiul dispozițiilor art. 25 din Legea nr. 101/2016 este o măsură de excepție, care este dispusă, de regulă, de Consiliu când există diverse litigii pe etape diferite ale aceleiași proceduri de atribuire, și nu pentru motive extrinseci respectivei proceduri, cum se întâmplă în cazul de față, când se pune în discuție rezilierea unor contracte anterioare încheiate în alte proceduri, între aceleași părți sau părți diferite.

Consiliul va respinge ca inadmisibilă solicitarea contestatoarei, de suspendare a soluționării contestației, având în vedere că litigiile invocate nu au legătură cu prezenta procedură de atribuire. În același timp, motivele invocate în solicitarea de suspendare țin de fondul contestației, urmând a fi analizate în cele ce urmează.

În ceea ce privește fondul cauzei, respectiv existența documentelor constatatoare negative, Consiliul consideră că entitatea contractantă are o marjă de apreciere largă în ceea ce privește selectarea operatorilor economici. Astfel, contrar susținerilor contestatoarei, că în ceea ce privește incidența motivelor de excludere prevăzute la art. 180 din Legea nr. 99/2016, în practica judiciară s-a cristalizat opinia conform căreia un operator economic aflat în situațiile prevăzute la articolul respectiv poate să fie/să nu fie exclus din procedura de atribuire în măsura în care furnizează dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea, aceste dovezi referindu-se, printre altele, 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. În acest sens, se apreciază că entitatea/autoritatea contractantă care va organiza procedura de atribuire, la care operatorul economic în discuție dorește să participe, **este singura în măsură să analizeze situația**

concretă, în baza documentelor depuse și a clarificărilor solicitate, dacă este cazul, și să decidă în consecință.

În acest sens, sunt relevante argumentele reținute de Curtea de apel București în decizia nr. 352/2020, pag. 39-40, și decizia nr. 417/2020.

Astfel, Consiliul reține relevanța în cauză a următoarelor dispoziții din Legea nr. 99/2016:

- Art. 180. - (1) Entitatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații:

c) a comis o abatere profesională gravă, care îi pune în discuție integritatea, iar entitatea contractantă poate demonstra acest lucru prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi o decizie a unei instanțe judecătorești, a unei autorități administrative sau a unei organizații internaționale;

g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i revineau 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;

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

Art. 181. - (1) Entitatea contractantă are obligația de a accepta ca fiind suficient și relevant pentru demonstrarea faptului că ofertantul/candidatul nu se încadrează în una dintre situațiile prevăzute la [art. 177](#), [178](#) și [180](#) **orice document considerat edificator**, din acest punct de vedere, în țara de origine sau în țara în care ofertantul/candidatul este stabilit, cum ar fi certificate, caziere judiciare sau alte documente echivalente emise de autorități competente din țara respectivă.

(2) În cazul în care există incertitudini în ceea ce privește existența sau inexistența unei situații de excludere, entitatea contractantă are dreptul de a solicita în mod direct informații de la autoritățile competente străine prevăzute la alin. (1).

(3) În cazul în care în țara de origine sau în țara în care este stabilit ofertantul/candidatul nu se emit documente de natura celor prevăzute la [alin. \(1\)](#) sau respectivele documente nu vizează toate situațiile prevăzute la [art. 177](#), [178](#) și [180](#), entitatea contractantă are

obligația de a accepta o declarație pe propria răspundere sau, dacă în țara respectivă nu există prevederi legale referitoare la declarația pe propria răspundere, o declarație autentică dată în fața unui notar, a unei autorități administrative sau judiciare sau a unei asociații profesionale care are competențe în acest sens.

Art. 182. - Entitatea contractantă exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire, în care ia la cunoștință că operatorul economic se află, având în vedere acțiunile sau inacțiunile săvârșite înainte sau în cursul procedurii, în una dintre situațiile prevăzute la [art. 177](#), [178](#) și [180](#) de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire.

-Considerentele Directivei 2014/25/UE privind achizițiile efectuate de entitățile care își desfășoară activitatea în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale și de abrogare a Directivei 2004/17/CE, care stipulează:

*„(106) Entităților contractante ar trebui să li se ofere în continuare posibilitatea de a exclude operatorii economici care s-au dovedit a nu fi fiabili, de exemplu din motive de încălcare a obligațiilor de mediu sau sociale, inclusiv a normelor privind accesibilitatea pentru persoanele cu handicap sau alte forme de comitere a unei abateri profesionale grave, cum ar fi încălcări ale normelor de concurență sau a drepturilor de proprietate intelectuală. Ar trebui să se clarifice faptul că abaterile profesionale grave pot arunca un dubiu asupra integrității unui operator economic și astfel fac ca operatorul economic să devină inadecvat pentru a i se atribui un contract de achiziții publice, chiar dacă operatorul economic deține capacitatea tehnică și economică de a executa contractul. Ținând seama de faptul că entitatea contractantă va fi responsabilă pentru consecințele eventualei sale decizii eronate, **entitățile contractante ar trebui, de asemenea, să dispună în continuare de libertatea de a considera că a existat o abatere profesională gravă, în cazul în care, înainte de luarea unei decizii finale și obligatorii privind prezența motivelor obligatorii de excludere, pot demonstra, prin orice mijloace corespunzătoare, că operatorul economic a încălcat obligațiile care îi revin, inclusiv obligațiile legate de plata impozitelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale, cu excepția unor dispoziții contrare din dreptul intern. Acestea ar trebui, de asemenea, să fie în măsură să excludă candidați sau ofertanți a căror performanță în alte contracte de achiziții publice din trecut sau în contracte cu alte entități contractante a arătat deficiențe majore în ceea ce privește cerințele de fond, de exemplu nerespectarea obligației de a furniza sau de a executa, deficiențe semnificative ale produsului sau ale serviciului furnizat, ceea ce le-a făcut inutilizabile pentru scopul propus, sau un comportament necorespunzător care creează îndoieli serioase***

cu privire la fiabilitatea operatorului economic. Legislația națională ar trebui să prevadă o durată maximă pentru aceste excluderi. Atunci când aplică motive facultative pentru excludere, ar trebui să se acorde o atenție specială principiului proporționalității. Neregulile minore ar trebui să ducă la excluderea unui operator economic doar în circumstanțe excepționale. Cu toate acestea, cazurile repetate de nereguli minore pot arunca asupra fiabilității unui operator economic un dubiu care ar putea justifica excluderea lui."

Consiliul reține că entitatea contractantă a verificat incidența motivului de excludere în baza documentului constatator, reținând, pe larg, în adresa de comunicare a rezultatului procedurii faptul că abaterea profesională este gravă, că de la momentul săvârșirii nu au trecut 3 ani, că aceste încălcări au condus la încetarea anticipată a contractului. Potrivit dispozițiilor legale incidente, **entitatea contractantă dispune de un drept de apreciere în ceea ce privește excluderea din procedură, în cazul incidenței situațiile prevăzute la art. 178 și 180** (și în lipsa unei hotărâri definitive de stabilire a interdicției de participare la procedură), entitatea/autoritatea contractantă fiind singura responsabilă pentru modul de atribuire a contractului, în aplicarea principiului asumării răspunderii. Dispozițiile enunțate stabilesc dreptul de apreciere al entității/autorității contractante în ceea ce privește măsura excluderii, în situația concretă din fiecare speță, și, atâta timp cât acest drept de apreciere se exercită în limitele impuse de lege și cu respectarea principiilor de atribuire a contractelor de achiziții, nu poate fi apreciat ca abuziv.

În acest sens, Consiliul reține relevanța în cauză și a practicii **CJUE C-41/18 Meca Srl**, unde Curtea decide că articolul 57 alineatul (4) literele (c) și (g) din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE 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.

"34 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.**

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.

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”.

Astfel, din conținutul răspunsurilor la solicitările de clarificări și chiar din conținutul contestației, nu rezultă că operatorul respectiv a înțeles motivele pentru care a fost reziliat contractul, respectiv că și-ar fi asumat acele erori din proiectul întocmit pentru care s-a dispus rezilierea contractului, luând măsuri ca acestea să nu se mai producă. Dimpotrivă, apărările sale sunt în sensul că nu există prejudiciu cuantificat, că proiectul a fost vizat de vericator de proiect, deci contractul a fost executat conform, în ciuda documentelor aflate la dosar și a hotărârii definitive a instanței.

Așa cum rezultă din prevederile legale citate mai sus, autoritatea contractantă are un drept de apreciere asupra situației de fapt, or aceasta a solicitat clarificări și a motivat pertinent și concludent decizia de respingere a ofertei, răspunsurile date de operator nefiind în măsură să dovedească credibilitatea.

Consiliul mai reține relevanța în speță și a cauzei CJUE C-267/18 Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA, unde Curtea a reținut că **„legiuitorul Uniunii a intenționat să încredințeze autorității competente 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 achiziție publică. Această posibilitate de care dispune o autoritate contractantă este menită să îi permită să aprecieze integritatea și fiabilitatea ofertantului.** Pentru ca o neregulă să justifice rezilierea unui contract, aceasta trebuie, potrivit principiului proporționalității, să fie suficient de gravă. O

autoritate contractantă nu poate deduce în mod automat, din decizia unei alte autorități contractante de a rezilia un contract de achiziții publice anterior, că un operator este răspunzător pentru deficiențe semnificative sau persistente în îndeplinirea unei cerințe de fond ce îi revenea în cadrul contractului. Îi revine autorității contractante sarcina de a efectua propria evaluare a comportamentului operatorului economic vizat de rezilierea unui contract de achiziții publice anterior. În această privință, ea trebuie să examineze, în mod diligent și imparțial, pe baza tuturor elementelor relevante și având în vedere principiul proporționalității, dacă operatorul este răspunzător pentru deficiențe semnificative sau persistente de care a dat dovadă la îndeplinirea unei cerințe de fond care îi revenea în cadrul contractului menționat, deficiențele respective fiind susceptibile să provoace ruperea legăturii de încredere cu operatorul economic în cauză”.

Având în vedere că litigiul de pe rolul instanței vizează modul în care a fost executat un contract independent de procedura în analiză, iar autoritatea contractantă este singura în măsură să aprecieze asupra criteriilor de excludere, precum și principiul priorității interesului public asupra intereselor private, având în vedere că o procedură de atribuire vizează un interes public, respectiv satisfacerea nevoii unei comunități, entitățile contractante nu pot aștepta desfășurarea unor litigii pendinte fără legătură cu procedura în analiză. Dacă ar exista o astfel de obligație, ar însemna că nevoile autorităților/entităților contractante nu vor fi niciodată satisfăcute, oricând existând potențiali ofertanți care sunt în litigiu cu diverse alte autorități/entități contractante pentru îndeplinirea defectuoasă/neîndeplinirea contractului.

Cum în cauză, entitatea a apreciat corect situația de fapt, exercitându-și dreptul de apreciere în limitele legii, criticile referitoare la respingerea ofertei contestatoarei vor fi respinse.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de contestația formulată de SC ... SRL în contradictoriu cu ... SA –

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de contestația formulată de SC ...SRL în contradictoriu cu ...– ...

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

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință

de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

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

Redactată în 4 exemplare, conține 25 pagini.