CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ..... / ..... / .....
Data: .....

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliu cu nr. ...../....., formulată de ..... SA, cu sediul social în ....., ..., ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI ....., împotriva rezultatului procedurii, comunicat prin adresa nr. 980/09.01....., emisă de ..... de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, online, organizată în vederea încheierii acordului-cadru de lucrări având ca obiect „.....”, coduri CPV 45233142-6 - Lucrări de reparare a drumurilor (Rev.2) și 45233141-9 - Lucrări de întreținere a drumurilor (Rev.2), s-au solicitat următoarele:

- ..... nr. 980/09.01..... prin care a fost respinsă oferta sa;
- anularea tuturor actelor concomitente și/sau subsecvente comunicării rezultatului procedurii, precum și a celor conexe luării și transmiterii comunicării de către autoritatea contractantă;
- reevaluarea ofertei sale luându-se în considerație informațiile, documentele depuse și constatarea faptului că oferta sa este conformă și admisibilă și suficientă în dovedirea cerințelor documentației de atribuire.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzelor 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 nr. nr. ...../....., înregistrată la Consiliu cu nr. ...../....., formulată

de ..... prin care s-au solicitat cele indicate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea consideră nejustificată decizia autorității contractante de excludere a ofertei sale din cadrul procedurii de achiziție publică, întrucât nu au fost întrunite cazurile de excludere reglementate de prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016 coroborate cu prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) și art. 134 alin. (5) din HG nr. 925/2006.

Apreciază că nu sunt conforme realității mențiunile cuprinse în documentul constatator nr. 1/25.07.2017 emis de ..., document înregistrat în SEAP sub nr. 90506/19.09.2017, mențiuni potrivit căruia asocierea ...SRL - ...SRL - ...SRL nu și-ar fi îndeplinit în mod corespunzător obligațiile contractuale, fiind de asemenea eronate clarificările oferite de autoritatea emitentă a documentului constatator, că asocierea *„nu a îndeplinit în mod corespunzător contractul în sensul că pe parcursul executării contractului au fost subcontractate fără acordul prealabil al Beneficiarului părți importante din lucrare, fapt ce a condus la rezilierea contractului nr. 33268/03.10.2014*”.

Apreciază că documentul constatator nr. 1 din data de 25.07.2017 nu este apt să ateste faptul că ...a încălcat în mod grav și repetat obligațiile contractuale principale. Documentul constatator este irelevant din punct de vedere juridic față de prezenta procedură de achiziție publică și nu produce efecte juridice prin simpla sa existență.

În acest sens, arată că publicarea în SEAP a unui astfel de document unilateral, care cuprinde strict poziția subiectivă a unei alte autorități contractante, nu este apt să conducă, în mod automat și cu certitudine, la concluzia că ...SRL este răspunzătoare de încălcarea în mod grav și repetat a obligațiilor contractuale principale într-un raport contractual anterior.

Prin urmare, apreciază că o eventuală decizie de excludere din cadrul unei proceduri de achiziție publică, întemeiată exclusiv pe un asemenea document unilateral, ar fi artificială și abuzivă, încălcând dispozițiile legale din materia controlului efectuat asupra competitorilor eligibili în cadrul procedurilor de achiziție publică prevăzute de Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

În măsura în care autoritatea contractantă apreciază că există indicii cu privire la existența unui caz de încălcare în mod grav și repetat a obligațiilor contractuale principale de către participantul la procedura de achiziție publică, aceasta are obligația de a efectua un control efectiv și propriu în vederea clarificării acestui aspect și, numai în urma acestei verificări prealabile, concrete poate decide, după caz, excluderea participantului vizat de la procedura de achiziție publică.

Obligația de efectuare a unui control propriu de către autoritatea contractantă în ipoteza excluderii unui operator economic din cadrul licitației, în temeiul unui document constatator emis anterior de către altă autoritate contractantă, are rolul de a preveni respingerile abuzive ale ofertelor. În acest sens, pentru prevenirea unui astfel de tratament, ANAP) a decis să publice la data de 19.08.2015 o propunere de modificare a art. 97^1 din HG nr. 925/2006, prin care se stabilește obligativitatea autorității contractante de a efectua un control propriu anterior excluderii operatorului economic în temeiul unui document constatator ce cuprinde neexecutări grave ale obligațiilor contractuale săvârșite de către operatorul economic vizat. Drept urmare, prin art. 16 din HG nr. 66/2016, la art. 97^1 din HG nr. 925/2006 a fost adăugat alin. $(2)^2$ potrivit căruia „Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 181 lit. c^1) din ordonanța de urgență. HG nr. 925/2006 a fost abrogată la data de 6 iunie 2016, urmare a intrării în vigoare a HG nr. 395/2016, însă obligația instituită în sarcina autorității contractante a fost preluată și în noua reglementare.

Contestatoarea face trimitere la prevederile art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016, care stabilește faptul că *„atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege”*.

Subliniază obligativitatea comisiei de evaluare de a avea în vedere jurisprudența europeană în situația incidenței unui astfel de eventual motiv de excludere, făcând trimitere la hotărârea CJUE din 13 decembrie 2012, în cauza C 465/11, în procedura Forposta SA, ABC Direct Contact sp. z o.o. împotriva Poczta Polska SA, potrivit căreia, Curtea de Justiție a stabilit ce se înțelege prin noțiunea de *„abatere gravă”*.

Menționează că legalitatea documentului constatator este pusă la îndoială și face în prezent obiectul controlului instanțelor de judecată și se consideră deplin îndreptățită să declare faptul că ...nu este răspunzătoare de nerespectarea obligațiilor într-un raport contractual anterior, iar simpla existență a documentului constatator nu este în măsură să infirme cele declarate și cu atât mai puțin să determine excluderea sa din cadrul prezentei proceduri de achiziție publică.

Apreciază că mențiunile din cuprinsul documentului constatator, chiar și dacă ar reflecta realitatea, nu se circumscriu cazului de excludere reglementat de art. 167 alin. (1) lit. g) privind încălcarea în mod grav sau repetat a obligațiilor contractuale principale.

Contestatoarea arată că ipotezele de excludere a unui operator economic de la procedura de achiziție publică sunt expres și limitativ prevăzute de dispozițiile art. 164 - art. 171 din Legea nr. 98/2016 și

solicită să se observe că ...SRL nu se încadrează în niciunul dintre cazurile de excludere prevăzute de lege.

Indică modul în care este definită de lege noțiunea de încălcări grave, respectiv face trimitere la prevederile art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016*: „în sensul dispozițiilor alin. (1) lit. g) se considera încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrarea / prestarea / executarea unor produse / servicii / lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute in contract".*

Față de cele citate mai sus, contestatoarea subliniază că, și dacă s-ar presupune ipotetic ca acestea reflectă realitatea, se poate observa o gravitate vădit redusă, care nu ar putea atrage calificarea conduitei sale drept încălcare gravă conform dispozițiilor anterior evocate.

La punctul 8 din Documentul constatator se observă că acesta nu este completat la rubricile obligatorii ce servesc la aprecierea conduitei contractuale a operatorului economic, ci se rezumă la a preciza, în mod incomplet, următoarele:

• că respectivul contract nu a fost executat în mod corespunzător - însă nu este motivat în niciun fel în ce a constat neexecutarea contractului, câmpurile destinate acestor mențiuni fiind necompletate (abaterile de la calitatea produselor/serviciilor/lucrărilor, nerespectarea termenelor contractuale, abateri de la respectarea normelor imperative incidente), autoritatea contractantă nu completează nici măcar câmpul „altele";

• că a intervenit rezilierea contractului - însă nu este precizat și nici nu rezultă din cuprinsul său care a fost în concret motivul care a determinat rezilierea și în ce mod a operat aceasta;

• că „prejudiciile care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante" sunt în cuantum de 2.345.229,70 lei - însă nu se precizează dacă prejudiciul a fost efectiv produs sau dacă există numai vocația de a fi produs, nici din neexecutarea căror obligații decurge și nici care sunt criteriile avute în vedere la cuantificarea acestuia. În plus, autoritatea contractantă nu a făcut niciun demers legal pentru recuperarea acestui presupus prejudiciu - nu a introdus acțiune în instanță și nici nu a formulat cerere reconvențională în dosarul nr. 4403/90/2017 existent deja pe rolul instanțelor de judecată, în care are calitatea de pârâtă.

Chiar și în ipoteza în care conținutul documentului constatator ar corespunde realității, acesta tot nu ar putea constitui temei pentru a aprecia că ...SRL ar fi răspunzătoare de încălcarea gravă a obligațiilor contractuale. Mai mult, având în vedere caracterul superficial și incomplet al Documentului constatator, o decizie de excludere în temeiul acestuia ar avea caracter abuziv și ar încălca în mod grav dispozițiile legale anterior evocate.

Contestatoarea afirmă că nu recunoaște încălcările contractuale reclamate prin documentul constatator și nici pretinsul prejudiciu ce ar decurge din acesta. În acest sens, aspectele consemnate în Documentul constatator fac în prezent obiectul analizei de legalitate a instanței de judecată, singura competentă să se pronunțe asupra îndeplinirii sau neîndeplinirii obligațiilor contractuale, proceduri în care ...SRL are calitatea de reclamantă.

..... SA face aprecieri asupra rezilierii contractului și arată că decizia de reziliere a fost comunicată de către beneficiar prin adresa nr. 1582 din data de 07.06.2017, fiind întemeiată pe dispozițiile clauzei 23.6 din contract: „orice schimbare a subcontractorului fără aprobarea în prealabil în scris a achizitorului sau orice încredințare a serviciilor/lucrărilor de către subcontractant către terțe părți va fi considerată o încălcare a prezentului contract", iar raportate la dispozițiile clauzei 26.3 lit. a) din contract: „suplimentar față de cauzele de încetare definite mai sus, achizitorul poate rezilia contractul cu efecte depline (de jure) după acordarea unui preaviz de 15 zile executantului, fără necesitatea unei alte formalități și fără intervenția vreunei autorități sau instanțe de judecată, în oricare din situațiile următoare, dar nelimitându-se la acestea: a) executantul nu execută contractul în conformitate cu obligațiile asumate". La data de 07.06.2017, a primit notificarea de reziliere a contractului din partea Beneficiarului, susținându-se că nu s-ar fi respectat obligațiile asumate prin contract în sensul că s-ar fi subcontractat unei alte societăți părți din lucrare, fără acordul prealabil expres al beneficiarului. S-a opus acestei măsuri, arătând faptul că nu s-a încălcat obligația de a subcontracta cu terți neaprobați de către Beneficiar, formulându-se în acest sens acțiune în fața instanței de judecată.

În prezent, nelegalitatea notificării de reziliere, a actelor subsecvente acesteia, precum și repararea prejudiciului cauzat, fac obiectul dosarului nr. 4403/90/2017 aflat pe rolul Tribunalului Vâlcea. Autoritatea beneficiară a apreciat că asocierea al cărei lider era ..... SA a procedat la înlocuirea unui subantreprenor, susținând că au fost încălcate prevederile clauzei 23.6 din contract. Aprecierile autorității beneficiare sunt eronate, întrucât presupusul terț subcontractant (societatea ... SRL) era în realitate un furnizor de bunuri care oferea și serviciul de montare a bunului furnizat (în speță fiind vorba de aparatură de termo-ventilație). Terțul era angajat în temeiul unui contract distinct de furnizare încheiat în mod valabil, potrivit clauzelor contractului încheiat cu autoritatea beneficiară și despre care aceasta avea cunoștință. Astfel, în realitate, operațiunea juridică în care a fost angajat terțul nu a fost aceea de înlocuire a unui subantreprenor. Mai mult, la data de 01.03.2016 (rezilierea survenind la 07.06.2017), Beneficiarul cunoștea existența în șantier a societății ... SRL pe care a și acceptat-o ca furnizor, predând frontul de lucru către acesta prin procesul-verbal nr. 155 din

01.03.2016 cu antet ... SRL, unde constructorul a semnat în calitate de Antreprenor General, iar predarea efectivă a fost realizată de către autoritatea beneficiară.

Contestatoarea subliniază că decizia de reziliere a fost dispusă printr-o greșită interpretare a prevederilor contractuale, iar prin adresa nr. 1280 din data de 15.09.2016 i-a fost formal solicitată natura relației contractuale cu ... SRL. În urma răspunsului asocierii, Beneficiarul a dorit să formuleze acceptarea formală a acestui furnizor (în contextul în care tot Beneficiarul predase frontul de lucru către această societate la data de 01.03.2016). În intervalul de la solicitarea beneficiarului de clarificare a relațiilor contractuale (15.09.2016) până la rezilierea contractului au trecut 10 luni, perioadă în care a fost încheiat și actul adițional nr. 7 din data de 28.04.2017 de prelungire a perioadei de execuție până la data de 24.10.2017.

În acest interval (15.09.2016 - 07.06.2017), lucrările au fost suspendate la solicitarea beneficiarului din lipsa serviciilor de dirigenție de șantier, iar contestatoarea subliniază că nu au fost executate lucrări de instalații mecanice ca urmare a lipsei de fronturi de lucru, aspect ce se poate observa și din constatarea emisă de … prin procesul-verbal nr. 16693 din data de 25.05.2017, transmis de către beneficiar prin adresa nr. 1574 din data de 30.05.2017, în care se face referire la infiltrațiile de apă și lipsa închiderii construcției.

Contestatoarea apreciază că toate aceste aspecte nu pot fi puse în sarcina antreprenorului general, acestea fiind contractate de către beneficiar în mod direct cu o societate terță, dar fără a exista o predare a frontului de lucru sau o autorizație de construcție.

Ulterior acestui moment, autoritatea beneficiară a notificat societatea de asigurări pretinzând cauzarea unor prejudicii materiale în cuantum de 2.345.299,07 lei. La rândul său, contestatoarea susține că societatea de asigurări a solicitat clarificări de la beneficiar cu privire la natura daunelor și modul de calcul al acestora. Subliniază că autoritatea beneficiară nu a răspuns nici până la acest moment la solicitarea de clarificări a societății de asigurări.

De asemenea, astfel cum a precizat anterior, autoritatea emitentă a documentului constatator nu a comunicat direct contestatoarei faptul ca a fost cauzat un astfel de prejudiciu și nici nu a solicitat plata acestei sume.

Prin urmare, consideră că, atât timp cât instanța nu a statuat prin hotărâre definitivă asupra acestor aspecte, mențiunile documentului constatator, precum si justificările subiective ale emitentei sunt incerte sub aspectul veridicității și irelevante din punct de vedere juridic, inclusiv față de prezenta procedură de achiziție publică.

Față de aspectele menționate mai sus, contestatoarea arată că nu poate fi reținut nici motivul de excludere reglementat de art. 167 alin. (1)

lit. h), întrucât în niciun raport contractual atribuit anterior, implicit nici în cel finalizat cu emiterea documentului constatator, nu și-a încălcat obligațiile contractuale și a executat întocmai și la termen sarcinile stabilite. Astfel, subliniază că nu se poate aprecia niciun moment că ...a furnizat autorității contractante declarații false.

Documentul constatator a fost contestat pentru nelegalitate si face în prezent obiectul controlului de legalitate efectuat de instanța de judecată. La acest moment nu s-a stabilit existența unui prejudiciu de către o instanță judecătorească, singura competentă să constate existența și cuantumul acestuia. În prezent, mențiunile din cuprinsul documentului constatator, respectiv nerespectarea obligațiilor contractuale, legalitatea rezilierii contractului și pretinsa cauzare a prejudiciului, fac obiectul dosarului nr. 4403/90/2017 aflat pe rolul Tribunalului Vâlcea. De asemenea, legalitatea emiterii documentului constatator și suspendarea acestuia este analizată în cadrul dosarului nr. 41688/3/2017 aflat pe rolul Tribunalului ....., având ca obiect acțiunea în anularea actului administrativ, dosar ce a fost declinat la data de 10.01..... la Tribunalul Vâlcea. Prin urmare, date fiind argumentele prezentate anterior, până la pronunțarea unei decizii definitive, aspectele reținute în documentul constatator nu pot fi considerate întemeiate și conforme realității, reprezentând simple aprecieri subiective ale Primăriei Râmnicu Vâlcea asupra modalității de aducere la îndeplinire a obligațiilor contractuale.

În același sens, simpla consemnare în documentul constatator a faptului că a fost cauzat un prejudiciu nu echivalează cu producerea efectivă a acestuia, ci reprezintă o simplă pretenție a autorității contractante, pretenție ce ar putea fi valorificată exclusiv prin intermediul instanței de judecată chemată să constate dacă într-adevăr a avut loc încălcarea unor obligații contractuale care să fi cauzat un prejudiciu și care ar fi în concret cuantumul acestuia. Primăria Râmnicu Vâlcea nu a întreprins până în prezent niciun demers legal în vederea constatării prejudiciului și acoperirii acestuia.

Nici în cadrul dosarului nr. 4403/90/2017 aflat pe rolul Tribunalului Vâlcea, care are ca obiect analiza temeiniciei aspectelor consemnate în documentul constatator, pârâta, …, nu a formulat cerere reconvențională prin care să solicite instanței obligarea la plata sumei reclamate cu titlu de prejudiciu.

Contestatoarea precizează că a formulat acțiune în justiție de îndată ce autoritatea emitentă a dispus rezilierea contractului. Practic, nu a avut loc o fază prelitigioasă de conciliere în care să fie purtată o corespondență amplă cu privire la justificările autorității contractante în luarea acestei măsuri. Mai mult, autoritatea emitentă nici măcar nu i-a comunicat direct faptul că a suferit prejudiciul pretins și nici nu a solicitat efectuarea plății, ci a procedat la a se adresa direct societății de asigurare.

..... SA consideră că a răspuns corect și complet solicitărilor de clarificări. În raport de prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, în baza căruia a fost declarată oferta sa ca fiind inacceptabilă, informațiile furnizate au fost corecte și complete deoarece certificatul constatator a fost contestat (instanța nu a soluționat până la acest moment cererea sa), iar existența prejudiciului nu a fost încă stabilită și face și aceasta obiectul unei acțiuni în justiție aflată în stadiul judecății în primă instanță. Astfel, având în vedere intervalul scurt de timp scurs de la emiterea documentului constatator, nu a fost pronunțată la acest moment o hotărâre judecătorească definitivă, neputându-se prezenta din motive obiective astfel de documente.

Contestatoarea susține că nu sunt incidente dispozițiile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, raportat la art. 209 din lege, neexistând absolut niciun temei legal pentru excluderea sa de la prezenta procedură de achiziție.

Autoritatea contractantă a formulat punctul de vedere față de contestația ..... SA, prin adresa nr. 4504/29.01....., înregistrat la Consiliu sub nr. 3885/30.01....., prin care solicită respingerea contestației ca nefondată.

MUNICIPIUL ..... precizează că prin documentația de atribuire s-a solicitat la „Capacitatea tehnică”, ca cerință, experiența similară care trebuia probată prin prezentarea de certificări de bună execuție pentru lucrările executate, dacă au fost efectuate în conformitate cu normele profesionale în domeniu și dacă au fost duse la bun sfârșit. Această cerință trebuia îndeplinită de toți ofertanții, fiind unul din criteriile de evaluare a ofertelor. De altfel, contestatoarea nu a contestat documentația de atribuire.

Invocând prevederile art.167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016, coroborate cu cele ale art. 171 alin. (1) din același act normativ, autoritatea contractantă afirmă că ..... SA a fost exclus din procedura de atribuire, oferta acesteia fiind respinsă ca inacceptabilă și neconformă, deoarece nu a îndeplinit cerințele de calificare și selecție prevăzute în documentația de atribuire. Potrivit dispozițiilor art.137 alin. (1) din HG nr. 395/2016, una dintre obligațiile comisiei de evaluare este de a respinge ofertele inacceptabile și neconforme.

Aceste aspecte au fost comunicate contestatoarei prin adresa nr. 980/09.01....., în urma verificării documentelor de calificare în susținerea informațiilor din DUAE și a răspunsurilor la clarificările solicitate în cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică.

Așa cum i s-a comunicat și contestatoarei în urma finalizării evaluării propunerilor financiare, oferta acesteia se situa pe unul dintre primele trei locuri, în clasamentul intermediar, după aplicarea criteriului

de atribuire, în conformitate cu prevederile art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, solicitându-i-se prezentarea de documente justificative actualizate, prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE.

În urma verificării făcute în SEAP, comisia de evaluare a ofertelor a luat act de existența documentului constatator nr. 90506 publicat de autoritatea contractantă ..., în data de 19.09.2017, din care reiese faptul că ofertantul contestator a încălcat, în mod grav, obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, iar această încălcare a dus la încetarea anticipată a respectivului contract, cauzând prejudicii beneficiarului.

În această situație, comisia a solicitat contestatoarei furnizarea de dovezi care să arate că s-au luat măsuri suficiente pentru a putea demonstra în concret credibilitatea, prin raportare la motivele de excludere. De asemenea i s-a solicitat să precizeze de ce a completat DUAE, Partea a III-a, „Motive de excludere", pct. C, „Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale" bifând că „NU" se face vinovată de comiterea unei abateri profesionale grave, deși știa că se regăsește în această situație. Existența documentului constatator mai sus menționat, postat în SEAP, susține incorectitudinea informațiilor prezentate de ..... SA, în DUAE.

În urma primirii și verificării documentelor pe care le-a transmis contestatoarea în SEAP, în data de 12.12.2017, ora 13:12, comisia de evaluare a ofertelor a constatat lipsa declarațiilor pe propria răspundere privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 164, art. 165 și art. 167 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice. Drept urmare, i s-a cerut prezentarea declarațiilor pe propria răspundere privind neîncadrarea in situațiile prevăzute la art. 164, art. 165 și art. 167 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, documente pe care le-a încărcat în SEAP, cu semnătură electronică extinsă, în termenul stabilit.

Referitor la Documentul Constatator nr. 90506 publicat în SEAP de autoritatea contractantă ..., în data de 19.09.2017, ofertantul a prezentat documente din care rezultă că documentul constatator nr. 90506/2017 este contestat la Tribunalul Vâlcea, în dosarul nr. 4403/90/2017. Conform Portal - Tribunalul VÂLCEA - Informații dosar, pronunțarea în cauză a fost amânată pentru data de 09 februarie .....

Având în vedere faptul că la data luării deciziei nu exista nicio hotărâre judecătorească definitivă care să anuleze/suspende documentul constatator nr. 90506, acesta se bucură de prezumția de legalitate; prin urmare comisia de evaluare a hotărât respingerea ofertei pentru neîndeplinirea obligațiilor către o autoritate contractantă, în speță ..., din care rezultă că au fost aduse prejudicii acesteia, în sumă de 2.345.299,70 lei.

În urma celor constatate, comisia de evaluare a luat decizia de respingere a ofertei în baza art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

Autoritatea contractantă arată că în DUAE, Partea VI Declarații finale, ofertantul a precizat: „Subsemnatul declar că informațiile prezentate în părțile II-V de mai sus sunt exacte și corecte și că au fost furnizate cunoscând pe deplin consecințele cazurilor grave de declarații false". Prin completarea acestor informații, ofertantul și-a asumat răspunderea asupra datelor incorecte furnizate autorității contractante.

Certificatul constatator postat în SEAP este accesibil public. Rolul acestor documente constatatoare, emise în baza legislației achizițiilor publice, este de a oferi celorlalte autorități contractante informații cu privire la îndeplinirea/neîndeplinirea corespunzătoare de către ofertanți a obligațiilor asumate, precum și cu privire la îndeplinirea cerințelor de calificare în ceea ce privește situația lor personală. Nu a existat niciun motiv care să justifice atitudinea ofertantului, reflectată în modul de completare a DUAE. În cazul în care ofertantul ar fi procedat corect și ar fi completat corespunzător DUAE, bifând „DA", se face vinovat de abatere profesională gravă, formularul DUAE ar fi deschis o nouă rubrică în care ofertantul avea posibilitatea să-și prezinte motivele și să combată datele înscrise în certificatul constatator postat în SEAP.

Comisia de evaluare a concluzionat că informațiile prezentate în DUAE nu sunt susținute de argumente, astfel că sunt incidente prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016.

Documentul constatator în cauză cuprinde referiri la îndeplinirea necorespunzătoare a unui contract și prejudiciile aduse sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante, astfel că ele nu puteau fi ignorate în evaluarea ofertei. Documentul constatator este un act administrativ care are caracter executoriu dacă nu a fost suspendat de instanță, astfel că dispozițiile acestuia produc efecte din momentul emiterii lui.

Comisia de evaluare a considerat răspunsul la solicitarea de clarificări neconcludent, declarând oferta ..... SA, inacceptabilă și neconformă.

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

În vederea încheierii acordului-cadru de lucrări având ca obiect „.....", coduri CPV 45233142-6 - Lucrări de reparare a drumurilor (Rev.2) și 45233141-9 - Lucrări de întreținere a drumurilor (Rev.2), MUNICIPIUL ....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă online. Conform anunțului de participare nr. ...../....., data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită pentru 06.10.2017, 16:00. Valoarea estimată a acordului-cadru este de

60.000.000 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț.”

Împotriva deciziei de respingere a ofertei depuse în cadrul procedurii, ... SA a formulat prezenta contestație, ulterior parcurgerii procedurii prealabile a notificării autorității contractante.

Având a soluționa contestația formulată de ..... SA, Consiliul constată că oferta depusă de aceasta a fost respinsă în baza art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, astfel cum rezultă din comunicarea rezultatului procedurii de atribuire nr. 980 din 09.01..... Totodată, comisia a concluzionat că informațiile prezentate în DUAE nu sunt susținute de argumente, fiind incidente și prevederile lit. g) ale aceluiași articol. A fost reținută și neîndeplinirea cerințelor de calificare, fapt ce a atras și neconformitatea ofertei în baza art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, precum și neconcludența răspunsului la solicitarea de clarificări privind documentul constatator nr. 90506 publicat de ... în data de 19.09.2017, fiind invocat ca și temei art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

Pentru a decide astfel, comisia de evaluare a avut în vedere cele identificate în cadrul platformei SEAP, la rubrica „Documente constatatoare”, respectiv existența documentului constatator nr. 29374/25.07.2017 (înregistrat în SEAP cu nr. 90506/19.09.2017) emis de …. pentru asocierea ..... SA – SC ...SRL – SC ...SRL, acesta având calitatea de contractant în cadrul contractului de lucrări nr. 33268/03.10.2014 „lucrări de construcții în cadrul proiectului Reabilitare și modernizare baza de agrement Ostroveni în ....”

Prin fișa de date a achiziției, la cap. III.2.1.a) *Situația personală a candidatului sau ofertantului*, *Cerința nr. 3*, autoritatea contractantă a solicitat:

„[...]***Declaratie privind neîncadrarea in situatiile prevazute art. 167 din Legea nr. 98/2016 privind achizitiile publice****; Modalitatea prin care poate fi demonstrata îndeplinirea cerintei: ****Operatorul economic (lider, asociat, tert sustinator, subcontractant) va completa formularul DUAE din documentatia de atribuire cu informatiile aferente situatiei sale****. Documentele justificative care probeaza îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE, urmeaza a fi prezentate, la solicitarea autoritatii contractante, doar de catre ofertantul clasat pe locul I in clasamentul intermediar, întocmit la finalizarea evaluarii ofertelor.*

[...]

Nota: In cazul in care in tara de origine sau in tara in care este stabilit operatorul economic nu se emit documente de natura celor prevazute mai sus, sau respectivele documente nu vizeaza toate situatiile prevazute la art. 164, 165 si 167, se vor accepta declaratii pe propria raspundere sau daca in tara respectiva nu exista prevederi legale referitoare la declaratia pe propria raspundere, declaratii autentice date in fata unui notar sau a unei autoritati administrative sau judiciare sau a unei asociatii profesionale care are competente in acest sens. ***Orice operator economic aflat in oricare dintre situatiile prevazute la art.164 si 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care sa arate ca masurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-si demonstra in concret credibilitatea, prin raportare la motivele de excludere****.”*

Prin DUAE prezentat în procedură, la partea III *Motive de excludere*, punct C *Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale*, la subpunctul *Încetare anticipată, daune interese sau alte sancțiuni comparabile*, la întrebarea *Operatorul economic s-a aflat într-o situație în care un contract de achiziții publice anterior, un contract anterior încheiat cu o entitate contractantă sau un contract de concesiune anterior a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune interese sau alte sancțiuni comparabile în legătură cu respectivul contract anterior,* ofertantul a bifat ***NU***.

Din lecturarea documentului constatator, Consiliul observă că la rubrica *contractul a fost îndeplinit în mod corespunzător* este bifat ***NU***, la litera f) *rezilierea contractului* este completat ***DA***, iar la rubrica denumită *prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului (dacă este posibil cuantificarea valorică a acestora)* s-a consemnat suma de **2.345.299,70 lei**.

În sensul lămuririi asupra aspectelor de mai sus, comisia de evaluare a solicitat ofertantului, prin intermediul adresei nr. 52912 din 07.12.2017, să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE. Totodată, având în vedere existența documentului constatator nr. 90506 publicat în SEAP de autoritatea contractantă ..., în data de 19.09.2017, s-a solicitat furnizarea dovezilor care să arate că au fost luate măsuri suficiente pentru a demonstra în concret credibilitatea, prin raportare la motivele de excludere. De asemenea, au fost solicitate explicații cu privire la completarea informațiilor din DUAE prin prisma existenței acelui document constatator.

În cadrul răspunsului nr. 7774/12.12.2017, ... SA a arătat, în referire la documentul constatator nr. 29374/25.07.2017, înregistrat în SEAP cu nr. 90506 că acesta „nu este apt să ateste faptul că subscrisa ne facem vinovați de o abatere profesională gravă.

[...]

Motivul pentru care subscrisa am răspuns negativ la întrebarea Operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă? este acela că subscrisa în nici un raport contractual atribuit anterior, implicit nici în cel finalizat cu emiterea documentului constatator, nu ne-am încălcat obligațiile contractuale și am executat întocmai și la termen sarcinile cuvenite.

[...]

Aspectele menționate în cuprinsul Documentului constatator, chiar și dacă ar reflecta realitatea, nu constituie abatere disciplinară gravă potrivit legii și nu pot atrage excluderea subscrisei de la procedura de achiziție.

[...]

În prezent, nelegalitatea notificării de reziliere, a actelor subsecvente acesteia, precum și repararea prejudiciului cauzat subscrisei fac obiectul dosarului nr. 4403/90/2017 aflat pe rolul Tribunalului Vâlcea.

[...]

De asemenea, legalitatea emiterii Documentului constatator este analizată în cadrul dosarului nr. 41688/3/2017 aflat pe rolul Tribunalului ..... având ca obiect acțiunea în anularea actului administrativ, dosar ce nu a fost soluționat de instanța de judecată."

Totodată, prin intermediul răspunsului, ofertantul a adus clarificări asupra faptelor și împrejurărilor care au condus la emiterea documentului constatator nr. 1/25.07.2017, fiind prezentate argumente în susținerea nelegalității deciziei de reziliere a contractului.

Ulterior, prin intermediul adresei nr. 54574/19.12.2017, au fost solicitate ofertantului, printre altele, prezentarea declarațiilor pe propria răspundere privind neîncadrarea situațiilor prevăzute la art. 164, art. 165 și art. 167 din Legea nr. 98/2016, declarații care au fost depuse de acesta prin răspunsul său nr. 8156/27.12.2017.

În analiza argumentelor prezentate, Consiliul reține ca relevante prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, care dispun că *„autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații:*

[...]

*g) operatorul economic **și-a încălcat în mod grav** sau repetat **obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract** de achiziții publice, al unui contract sectorial sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, **iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract**, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile;*

h) operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate;

[...]

Dispozițiile alin. (8) ale aceluiași articol prevăd:

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

De asemenea, conform prevederilor art. 171 din Legea nr. 98/2016, *(1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că **măsurile luate de acesta sunt***

suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere*.*

[...]

(3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 le poate furniza autorității contractante, în sensul prevederilor alin. (1), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația, și la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite.

Totodată, potrivit art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016, *„atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator,* ***comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege****”.* _

Potrivit dispozițiilor legale citate mai sus, se pot desprinde următoarele aspecte principale:

Pentru aplicarea motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, este necesar să fie îndeplinite următoarele condiții cumulative:

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

Condițiile cumulative arătate sunt completate de precizările aduse de art. 171 din Legea nr. 98/2016, prin alin. (1)-(3) în sensul furnizării dovezilor pentru demonstrarea credibilității și care, în cazul în care sunt apreciate ca suficiente, înlătură măsura excluderii și alin. (5) lit. b), în

sensul că perioada de timp scursă de la momentul la care s-au petrecut evenimentele (încălcările obligațiilor principale) să nu fi depășit o perioadă de 3 ani.

În speța de față, suntem în prezența unui document constatator emis pentru asocierea ..... SA – SC ...SRL – SC ...SRL, urmare a rezilierii contractului de lucrări nr. 33268/03.10.2014, având în vedere nerespectarea obligațiilor contractuale asumate, respectiv subcontractarea unei alte societăți a unor părți din lucrare, fără acordul prealabil expres al beneficiarului (așa cum rezultă din documentele existente la dosarul cauzei), prejudiciul stabilit de autoritatea emitentă a respectivului document fiind de 2.345.299,70 lei.

Analizând, Consiliul stabilește că nelegalitatea aspectelor consemnate în documentul constatator, reclamată de autoarea contestației, este de competența instanței de judecată, iar nu a Consiliului. De altfel, nelegalitatea notificării de reziliere, a actelor subsecvente acesteia, precum și repararea prejudiciului cauzat, fac obiectul dosarului nr. 4403/90/2017 aflat pe rolul Tribunalului Vâlcea, cu termen stabilit pentru judecată la 09.03.....

De asemenea, legalitatea emiterii documentului constatator face obiectul acțiunii în contencios administrativ, depusă la Tribunalul ..... (dosar 41688/3/2017) și care, în prezent, conform informațiilor disponibile pe portalul instanței, a declinat, în data de 10.01....., competența de soluționare a cauzei în favoarea Tribunalului Vâlcea.

Competența Consiliului, în situația dată, este de a verifica legalitatea deciziei de respingere a ofertei asocierii, respectiv dacă acesta se încadrează în cazul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, iar nu de a verifica legalitatea documentului constatator și a stabili cine se face culpabil de neexecutarea corespunzătoare a contractului.

Astfel, de vreme ce documentul constatator nu a fost anulat prin decizia definitivă a instanței de judecată, el produce efecte, situație în care, în cazul asocierii, este incident cazul de excludere din procedură prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016. Orice act administrativ se bucură de prezumția de legalitate, care poate fi răsturnată printr-o hotărâre judecătorească definitivă de anulare a actului administrative. De aceea, documentul constatator nr. 1 emis în data de 25.07.2017 și înregistrat cu nr. 29374/25.07.2017 se bucură, în continuare, de prezumția de legalitate.

Se impune precizarea faptului că legiuitorul nu a condiționat excluderea din procedură în cazul prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g) de existența unei hotărâri judecătorești definitive asupra legalității emiterii unui document constatator.

Conform articolului menționat, autoritatea contractantă exclude din procedură orice operator economic care și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de

achiziții publice, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune interese sau alte sancțiuni complementare. Or, în cazul contestatoarei există emis un document constatator care dovedește caracterul grav al neexecutării obligațiilor contractuale (pe parcursul executării contractului au fost subcontractate fără acordul prealabil al Beneficiarului părți importante din lucrare), contractul fiind reziliat din aceste considerente, cu stabilirea, totodată, a prejudiciului produs. Referirile la neîndeplinirea corespunzătoare a contractului și prejudiciul adus autorității nu pot fi ignorate în evaluarea ofertei.

Societatea contestatoare afirmă că cele reținute în documentul constatator nu se circumscriu noțiunii de încălcare gravă, așa cum este definită la art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016, însă legiuitorul a prezentat cu titlu exemplificativ ce poate fi considerat drept o încălcare gravă a obligațiilor contractuale, indicând neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improrii utilizării conform destinației prevăzute în contract.

Suntem în prezența unei obligații contractuale stipulate la clauza 23.6 din respectivul contract, nr. 33268 din 03.10.2014, reziliat și pentru care a fost emis documentul constatator în discuție, potrivit căreia *orice schimbare a subcontractantului fără aprobarea prealabilă în scris a achizitorului sau orice încredințare a serviciilor/lucrărilor de către subcontractant către terțe părți va fi considerată o încălcare a prezentului contract*.

Trebuie subliniat faptul că, așa cum rezultă din documentele existente la dosarul cauzei, autoritatea contractantă nu a exclus asocierea contestatoare pe simpla existență a documentului constatator, ci a întreprins demersuri în vederea lămuririi aspectelor ce rezultau din documentul constatator, decizia fiind întemeiată și pe expunerea ofertantului.

Totodată, se constată că ..... SA nu a furnizat nici prin intermediul clarificărilor și nici pe calea contestației, niciuna dintre dovezile la care face referire art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, susenunțat, deși i s-a solicitat expres acest lucru, ci s-a limitat a exprima motive de nelegalitate a actului constatator, asupra căruia, așa cum s-a arătat, competența de a se pronunța aparține instanței de judecată, iar nu Consiliului.

De asemenea, în legătură cu motivul de respingere a ofertei contestatoarei, Consiliul are în vedere și faptul că la nivelul DUAE, acesta nu a declarat existența documentului constatator nr. 1 emis în data de 25.07.2017 și înregistrat cu nr. 29374/25.07.2017, pe care ulterior, în cadrul răspunsului la clarificări și l-a recunoscut. Prin completarea

informațiilor din DUAE, ofertantul și-a asumat răspunderea asupra datelor incorecte furnizate autorității contractante. Mai mult, și în declarația pe propria răspundere privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 167 din Legea nr. 98/2016, ofertantul a susținut că nu se află în niciuna din situațiile:

(…)

g) *și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract sectorial sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.*

Având în vedere cele menționate anterior, Consiliul apreciază că, în acest caz, autoritatea contractantă, în mod corect, în cazul ofertei societății contestatoare, a reținut incidența art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016, citat mai sus, neexistând motive pentru infirmarea celor consemnate în procesul–verbal nr. 880/09.01.....

Demn a fi menționat este faptul că, prin decizia sa nr. 306 / ..... / 58, 85/02.02....., Consiliul a menținut măsura excluderii ofertantului ..... SA, dispusă de către …. într-o altă procedură, în baza aceluiași document constatator nr. 29374/25.07.2017 emis de …. Prin respectiva decizie, Consiliul a avut în vedere și susținerea autorității emitente a respectivului document constatator, respectiv: În data de 07.06.2017 am notificat constructorul, respectiv Asocierea SC ...SRL Lider - SC … SRL - SC ...SRL cu privire la rezilierea contractului de lucrări nr. 332/68/03.10.2014, [...] avand in vedere ca pe parcursul executării contractului au fost subcontractate fara acordul prealabil al Beneficiarului parti importante din lucrare.

Astfel, ca urmare a rezilierii contractului, a fost emis in data de 25.07.2017 documentul Constatator nr. 1/29374. Acesta a fost transmis asocierii SC ...SRL Lider - SC … SRL - SC ...SRL in data de 28.07.2017 si primit de către acesta in data de 02.08.2017.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept mai sus prezentate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de ..... 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge, ca nefondată, contestația formulată de ..... SA, în contradictoriu cu MUNICIPIUL .....

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

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

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
……	**……**	**……**

Redactată în patru exemplare, conține 18 (optsprezece) pagini