



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

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

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., formulată de, cu sediul în, unde se vor comunica toate actele de procedură, împotriva raportului procedurii nr. și a comunicării rezultatului procedurii nr., emise de, cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea încheierii unui acord-cadru având ca obiect „....”, s-au solicitat Consiliului următoarele:

- anularea raportului procedurii nr. și a comunicării rezultatului procedurii nr. prin care oferta depusă de către a fost respinsă, precum și a oricăror acte interne anterioare și/sau subsecvente și conexe acestora, emise de către autoritatea contractantă în cadrul procedurii de atribuire cu privire la modalitatea de evaluare a ofertei;

- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire cu respectarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, cu consecință stabilirii conformității și admisibilității ofertei

Prin cererea de intervenție nr., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., formulată de,

cu sediul în, înregistrată la ONRC cu nr., s-au solicitat Consiliului următoarele:

- admiterea în principiu a cererii de intervenție accesorie și, pe cale de consecință, să se dispună introducerea, în calitate de intervenient, în dosarul format pe rolul CNSC;

- respingerea contestației formulate de;

- în principal, pe cale de excepție, ca fiind inadmisibilă, în măsura în care nu a fost depusă cautiunea corespunzătoare, conform art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016;

- în subsidiar, ca fiind formulată de o persoană fără interes și inadmisibilă și pe fond, ca nefondată, corelativ cu menținerea Raportului procedurii nr. și a rezultatului procedurii de achiziție înregistrat sub nr.;

- cu cheltuieli de judecată, pe cale separată.

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

Consiliul a fost sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care operatorul economic reclamă raportul procedurii nr. și comunicarea rezultatului procedurii nr. prin care oferta sa a fost respinsă, emise de, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă în cauză, solicitând cele menționate în partea introductivă.

În motivarea contestației, face un scurt istoric al procedurii arătând că, prin raportul procedurii nr. 54761 din data de 03.12.2019, oferta sa a fost declarată câștigătoare. Față de acest raport operatorul, a formulat contestație la Consiliu fiind constituit dosarul CNSC nr. Prin decizia Consiliului, contestația operatorului a fost admisă în parte, Consiliul dispunând anularea raportului și continuarea procedurii de atribuire prin reanalizarea ofertei

Ulterior, prin adresa nr., contestatorul învederează că autoritatea contractantă a solicitat clarificarea încadrării/neîncadrării în situația de excludere prevăzută de art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016. Prin adresa nr. 46 din data de 17.01.2020, a răspuns solicitării autorității contractante, susținând următoarele:

(a) nu se încadrează în niciuna dintre situațiile prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016, acesta fiind motivul pentru care a bifat opțiunea „NU” în cadrul documentului DUAE;

(b) a procedat la demersuri judiciare pentru a se dispune suspendarea efectelor documentelor constatatoare și anularea acestora;

(c) Documentele constatatoare prezintă o serie de vicii grave de formă și fond și raportat la motivele pentru care a fost emise susținând următoarele:

- Contractul nu a încetat anticipat ca urmare a vreunei încălcări de către a obligațiilor sale principale, ci Primăria a reziliat unilateral contractul anterior efectuării unei recepții a conformității produselor livrate;

- a procedat la livrarea tuturor produselor în conformitate cu prevederile contractuale, iar Primăria a refuzat preluarea produselor și nu a organizat recepția cantitativă și calitativă a acestora;

- Cerința prevăzută de art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016 privind încălcările grave ale obligațiilor contractuale nu este îndeplinită de către dat fiind că produsele au fost livrate conform prevederilor contractuale.

- Simpla existență a documentului constatator nu poate conduce automat la excluderea ofertei, ci, în aplicarea dispozițiilor art. 171 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, acesta are posibilitatea de a-și demonstra credibilitatea, prezentând în acest sens autorității contractante un tabel în care au fost indicate toate contractele executate în mod conform derulate pe o perioadă de 15 ani.

Ulterior, menționează că a depus o serie de înscrisuri de natura să probeze credibilitatea acestuia, prezentând autorității contractante atât motivele pentru care documentele constatatoare sunt nelegale, fiind emise, în mod abuziv, cât și probele prin care se demonstrează credibilitatea.

Autoritatea contractantă a emis comunicarea rezultatului procedurii în data de, prin care a respins oferta, în temeiul art. 169 coroborat cu art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016.

Contestatorul susține că decizia de respingere a ofertei sale este nelegală și abuzivă atâta timp cât dispozițiile art. 171 alin. (1) și (2) din Legea nr. 101/2016 prevăd, în mod clar, posibilitatea ofertantului de a-și demonstra credibilitatea chiar dacă a fost emis un document constatator. Acesta consideră că simpla existență a documentului constatator nu este suficientă pentru a se dispune excluderea, autoritatea fiind obligată ca, într-o astfel de situație, să aprecieze ea însăși asupra gravității faptei care a generat o eventuală astfel de emitere, fiindu-i permis să dispună excluderea doar atunci când abaterea este gravă, repetată și este urmată de obligația de a plăti daune, iar operatorul vizat nu a întreprins

măsurile necesare pentru a-ți îndrepta propriile erori. Prin comunicarea rezultatului procedurii, autoritatea contractantă a susținut că:

- încălcarea gravă și încetarea anticipată a contractului ce rezultă strict din documentele constatatoare ar atrage incidența dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016;
- omisiunea de a declara existența documentelor constatatoare în DUAЕ, ulterior recunoscute prin răspunsul la clarificări, atrage incidența dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016.

Față de acest aspect, contestatorul consideră că și-a executat în mod corespunzător obligația de livrare asumată prin contractul încheiat cu Primăria, termenele agreeate au fost respectate, iar măsura rezilierii, urmată de emiterea celor două documente constatatoare, a fost dispusă în mod abuziv. *Contractul* încheiat la data de 11.02.2019 prevedea în sarcina sa, obligația de livrare a două categorii de produse, respectiv: - ornamente de iluminat festiv clasice, identificate în cuprinsul secțiunii V-a caietului de sarcini, în privința cărora contractul nu prevedea necesitatea de a fi asamblate de către furnizor; - ornamente de iluminat festiv inteligente, identificate în cuprinsul secțiunii VI-a caietului de sarcini, în privința cărora contractul prevedea necesitatea asamblării lor de către furnizor. Durata inițială de valabilitate a contractului a fost de 30 de zile, cu începere de la data semnării contractului de către ambele părți, adică de la data de, În consecință, durata inițială a contractului urma să expire la data de, Ulterior, contractul a suferit modificări, fiind încheiat *actul adițional nr.*, prin care a fost extinsă durata de valabilitate și termenele de livrare stabilite pe categorii de produse. Prin actul adițional se impuneau următoarele noi termene de livrare: - pentru ornamentele clasice, care nu necesitau asamblare, termenul de livrare era de 30 de zile de la data semnării actului adițional nr., urmând a expira în data de; - pentru ornamentele inteligente, care necesitau asamblare pe structura cupolei, termenul de livrare a fost stabilită în luna noiembrie

Astfel, susține că a livrat întreaga cantitate de ornamente clasice, prin livrări succesive efectuate în intervalul ..., anterior împlinirii termenului agreeat pentru această categorie de produse prin actul adițional nr. 1 la contract, respectiv, fapt susținut de 9 avize de însoțire a mărfurilor.

Pentru a facilita analiza situației de fapt ce a condus la emiterea Documentelor constatatoare, contestatorul solicită Consiliul să observe succesiunea cronologică a principalelor măsuri întreprinse de către fiecare dintre părți, astfel:

(a) Livrarea produselor a fost efectuată integral, dovada în acest sens fiind reprezentată de *procesul - verbal de inventariere* întocmit de către părți la data de, înscris ce confirmă atât cantitatea de bunuri livrată de către, cât și conformitatea acestora cu cerințele documentației de atribuire.

(b) Și o parte semnificativă a ornamentelor care necesitau asamblare a fost livrată de către în data de ... (deci mult anterior scadenței obligației), diferența urmând a fi livrată până la expirarea scadenței obligației, respectiv în luna noiembrie 2019.

(c) Prin adresa înregistrată sub nr., a comunicat către refuzul recepționării produselor livrate, sub motivul unor pretense neconformități ale produselor față de prevederile caietului de sarcini și oferta tehnică asumată în cadrul procedurii de atribuire.

(d) Ulterior, prin adresa înregistrată sub nr., intitulată "*Notificare de punere în întârziere*", a pus în vedere să livreze integral cantitatea de produse contractate, împreună cu documentele de conformitate, până la data de ..., sub sancțiunea plății de penalități de întârziere și a rezilierii contractului.

(e) La data de, a emis *Nota de constatare* nr. 21395, document cu caracter unilateral și care constată, în absența reprezentanților, pretense neconformități ale produselor livrate. *Nota de constatare* a fost comunicată anexată *Notificării* înregistrate sub nr., prin care a fost reiterată solicitarea de a livra produse conforme documentației de atribuire.

(f) a pus la dispoziția, anexat adresei nr., toate documentele de calitate, conformitate, certificatele și testele prevăzute expres în caietul de sarcini, pentru produsele livrate. Este astfel respectat atât termenul contractual până la care trebuiau livrate documentele, dar și termenul deindicat în notificarea de punere în întârziere, deși acesta din urmă fusese stabilit în mod arbitrar, abuziv de către și în lipsa clară a unui temei contractual stabilit pentru acea dată.

(g) Prin adresa nr., a notificat intervenirea rezilierii contractului, deși o parte semnificativă dintre motivele enunțate au fost aduse la cunoștința sa doar prin corespondența părților. Totodată, prin intermediul acestei adrese, i-a adus la cunoștință și că urmează a efectua o serie de verificări și teste ale produselor livrate în perioada, fără ca aceste verificări să fie realizate și în prezența sa. Rezilierea contractului a intervenit, în realitate, în data de fără a fi fost acordată o posibilitate efectivă de remediere a obligațiilor pretins a fi fost neexecutate, precum și un termen rezonabil în acest sens.

Totodată, învederează că, în data de, a emis primul Document constatatator final, înregistrat sub numărul, prin care a

constatat, în mod eronat, neîndeplinirea obligațiilor contractuale asumate. Prin Documentul constatator sunt cuantificate și pretinsele prejudicii suportate de către, acestea constând în penalități de întârziere pentru neexecutarea obligației de livrare a produselor, chirie pentru depozitarea produselor recepționate, contravaloarea măsurătorilor și a verificărilor efectuate pentru stabilirea puterii absorbite de produsele livrate.

De asemenea, subliniază că tot în data de, a emis un nou Document constatator final, înregistrat însă sub nr., invocând aceleași considerente. Singurele elemente care fac diferența între cele două Documente constatatoare sunt numărul de înregistrare (în două zile consecutive) și valoarea penalităților de întârziere calculate. Astfel, în primul document constatator această valoare este de ... lei în timp ce, în cel de-al doilea document constatator final și ultimul înregistrat, valoarea penalităților de întârziere calculate s-a redus la ... lei, baza de calcul rămânând aceeași. Concret, inclusiv suma de lei stabilită prin cel de al doilea document constatator este mult mai mare decât cea rezultată prin aplicarea corectă a mecanismului de calcul agreed contractual. În data de, a procedat la plata penalităților de întârziere, astfel cum acestea au fost calculate prin cel de al doilea document constatator, cu toate că acestea au fost calculate în mod greșit.

În combaterea neregularităților reținute de către Primăria prin documentelor constatatoare, autorul contestației precizează că s-a procedat la promovarea următoarelor demersuri judiciare:

- *Plângerea prealabilă*, la care, autoritatea contractantă a răspuns cu adresa nr., comunicând refuzul categoric de a revoca cele două Documente constatatoare;

- *Acțiunea judiciară* - a promovat acțiunea în anularea Documentelor constatatoare negative emise de cu încălcarea flagrantă a dispozițiilor legale, pentru fapte inventate, care formează obiectul dosarului nr.

- Cerere de suspendare a efectelor Documentului constatator - a solicitat și suspendarea executării Documentelor constatatoare până la soluționarea pe fond a cauzei, înregistrată pe rolul Tribunalului la data de prin care a demonstrat că toate condițiile pentru dispunerea suspendării sunt îndeplinite, precum și faptul că Documentul constatator a fost emis în mod nelegal;

- Până la formularea prezentei contestații, nici cererea de anulare și nici cererea de suspendare nu au fost soluționate de către instanțele investite.

De asemenea, contestatorul învederează faptul că autoritatea contractantă nu a reevaluat oferta sa în mod legal, fiind, astfel, încălcată Decizia CNSC ce impunea reanalizarea ofertei sale prin

solicitarea de clarificări atât, cât și în aplicarea dispozițiilor art. 167 alin. (1), art. 169 și art. 171 alin. (1) din Legea nr. 98/2016. Prin Decizia CNSC s-a dispus reevaluarea ofertei raportat atât la motivele pentru care Documentele constatatoare au fost emise, cât și la măsurile luate și dovedite de către pentru a-și demonstra, în concret, credibilitatea. Autoritatea contractantă s-a limitat la a relua strict motivele indicate în Documentele constatatoare. Acest demers este nelegal atât timp cât dispozițiile art. 171 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 prevăd în mod lipsit de echivoc faptul că autoritatea contractantă are obligația de a evalua măsurile dispuse de ofertant pentru a-și demonstra credibilitatea, acesta fiind chiar scopul reevaluării dispuse prin Decizia CNSC.

Totodată, subliniază că autoritatea contractantă nu a procedat la o analiză temeinică, clară și precisă a documentelor pe care le-a depus pentru dovedirea credibilității sale, nu a reevaluat în mod legal și complet oferta sa, și în paralel, a demarat toate procedurile pentru a declara câștigătoare oferta unui alt participant.

Prin urmare, consideră că omisiunea autorității contractante de a reevalua oferta în conformitate cu dispozițiile Deciziei CNSC și cu dispozițiile legale aplicabile conduce la concluzia că această decizie nu a fost pusă în aplicare în mod conform și legal. Simpla reluare de către autoritatea contractantă a conținutului Documentelor constatatoare lipsește de eficiență Decizia CNSC și, totodată, lasă neaplicate dispozițiile art. 171 din Legea 98/2016. Practic, simpla existență a documentului constatator conduce la excludere fără ca operatorului economic să i se permită, în mod real și eficient, să probeze măsurile de îndreptare.

Efectele Documentelor constatatoare, susține contestatorul, sunt suspendate de drept. Autoritatea contractantă nu poate dispune o măsură de excludere în considerarea aspectelor reținute în cadrul Documentelor constatatoare niciodată publicate și, în concret, contestate. Legea însăși prevede imposibilitatea autorităților contractante de a publica documentul constatator în SEAP atât timp cât el este contestat.

Prin urmare, raportat la faptul că efectele Documentelor constatatoare erau suspendate, chiar dacă autoritatea contractantă avea posibilitatea de a clarifica motivele pentru care au fost emise, nu putea dispune excluderea și, în consecință, măsura dispusă de către autoritate este abuzivă și nelegală.

Referitor la DUAЕ, afirmă că acesta a fost completat în mod corespunzător, fiind bifată în mod corect opțiunea „NU” în cadrul Secțiunii C raportat la următoarele aspecte:

- efectele Documentelor constatatoare erau (și sunt în continuare) suspendate de drept la momentul completării DUAЕ de către, acestea fiind contestate;
- documentele constatatoare nu au fost publicate în SEAP;
- la data completării DUAЕ, transmisese deja plângerea prealabilă către Primăria

De asemenea, susține că nici condițiile pentru excluderea sa din procedura de atribuire în cauză nu au fost îndeplinite întrucât pentru a se dispune excluderea unui ofertant, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, trebuie îndeplinite, în mod cumulativ, două condiții, respectiv:

(a) încălcarea de către ofertant, în mod grav sau repetat, a obligațiilor principale din contract; și

(b) încălcările să fi condus fie la încetarea anticipată a contractului, fie la plata de daune - interese, fie la aplicarea altor sancțiuni comparabile.

Față de acest aspect, autorul contestației învederează că nu și-a încălcat, în mod grav sau repetat, obligațiile sale contractuale, precum și că a achitat penalitățile de întârziere reținute prin cel de al doilea Document constatator, considerat final și corect de către chiar emitentul lui.

Totodată, afirmă că a furnizat dovezi suficiente pentru a-și demonstra credibilitatea și consideră că principiul proporționalității a fost grav încălcat prin excluderea ofertei sale din procedură având în vedere că a executat în mod corespunzător contractul încheiat cu Primăria; neregularitățile de fond și formă ale Documentelor constatatoare au fost aduse la cunoștința autorității contractante; autoritatea contractantă nu a analizat probele depuse și măsurile luate pentru a demonstra credibilitatea sa, conduita sa contractuală generală precum și măsurile de auto-corectare deja întreprinse fiind flagrant încălcate.

În ceea ce privește raportul procedurii de atribuire, susține că acesta nu respectă dispozițiile art. 127 din HG nr. 395/2016, întrucât lipsesc semnăturile domnului Ionuț Jilăveanu și domnului Leonid Guran. Prin urmare, deși comisia de evaluare a fost formată din 5 membrii, Raportului procedurii de atribuire a fost asumat și însușit de doar 3 membri. Lipsa semnăturilor celor doi membri este un viciu al Raportului procedurii de atribuire având în vedere că, deși desemnați să participe la evaluarea ofertelor depuse, domnul Ionuț Jilăveanu și domnul Leonid Guran nu și-au însușit constatările reținute în cadrul acestui document.

În drept, se invocă dispozițiile art. 8 raportat la art. 2 din Legea nr. 101/2016, precum și toate dispozițiile legale din cuprinsul contestației.

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

Prin punctul de vedere nr., a constatat următoarele:

- nu există nici o dovadă din care să rezulte revocarea Documentelor constatatoare în discuție și nici o hotărâre pronunțată de instanța de judecată care să vizeze suspendarea aplicării acestor documente constatatoare; respectivele acte constatatoare, care sunt administrativ unilaterale emise de autoritatea contractantă beneficiază de prezumția de legalitate, autenticitate și veridicitate de care se bucură orice act administrativ, până la anularea sa de către instanță, astfel că, efectele juridice ale lor nu pot fi înlăturate; relevante asupra acestui aspect, sunt următoarele decizii ale instanțelor: cele de mai sus, comisia de evaluare a analizat dacă documentele constatatoare reflectă condițiile cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, respectiv: încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale; încălcarea obligațiilor principale să fii 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 fii condus la una din următoarele consecințe (sanțiuni): încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune interese, alte sanțiuni comparabile.

Din analiza documentelor constatatoare nr.

- modul de îndeplinire a Contractului- nesatisfăcător;
- comunicarea și colaborarea contractantului cu autoritatea contractantă – nesatisfăcătoare;
- contractul a fost îndeplinit în mod necorespunzător: nu au fost livrate integral produsele prevăzute în caietul de sarcini; nu s-a putut face corespondența între produsele livrate și documentația însoțitoare pentru produse; sudurile executate între elementele de aluminiu ale ornamentelor sunt necorespunzătoare; mai multe tipuri de ornamente nu au conector electric, conform propunerii tehnice a furnizorului; abateri de la documentația solicitată care trebuia să însoțească produsele (certificate care să ateste că produsul are IP-ul și IK-ul solicitat, nu au fost livrate documente solicitate prin caietul de sarcini din care să rezulte că puterea absorbită de ornamente se încadrează în intervalul impus de caietul de sarcini și asumat prin propunerea tehnică de către furnizor);
- rezilierea contractului în data de s-a modificat durata contractului până în și de asemenea pe lângă furnizarea produselor, operatorul economic trebuia să monteze, să pună în funcțiune și să programeze sistemul de iluminat festiv inteligent în perioada
- calcularea de daune interese

Conform art. 167 alin. 8 din Legea nr. 98/2016, neexecutarea, livrarea de produse care prezintă neconformități majore, care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract, se consideră încălcări grave ale obligațiilor principale, fiind îndeplinită prima condiție de la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Condiția a doua este îndeplinită deoarece încălcarea gravă a intervenit în derularea unui contract de achiziții publice (contract nr.).

Condiția a treia este îndeplinită deoarece încălcarea gravă a condus la rezilierea anticipată a contractului și plata de daune interese.

De asemenea în legătură cu motivul de respingere a ofertei, autoritatea contractantă afirmă că a avut în vedere și faptul că la nivelul DUAE nu a declarat existența documentelor constatatoare nr. și nr. pe care ulterior, în cadrul răspunsului la clarificări l-a recunoscut.

De asemenea, apreciază că se află în situația prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016.

Conform art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, nu a prezentat dovezi din care să arate ca măsurile luate de aceasta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea, prezentând doar o listă a principalelor contracte pentru care au fost emise documente constatatoare cu calificativul Foarte Bine, ci s-a limitat a exprima motive de pretinsa nelegalitate a documentelor constatatoare asupra cărora competența de a se pronunța aparține instanței de judecată.

Comisia de evaluare nu a ținut cont de documentele transmise cu adresa nr., deoarece nu au fost transmise pe SEAP în termenul stabilit pentru răspunsul la solicitarea de clarificări, iar conținutul documentelor se referă la o procedură de atribuire inițiată de Municipiul Râmnicu Vâlcea.

În concluzie, autoritatea contractantă a solicitat Consiliului respingerea contestației formulată de ca nefondată și menținerea ca valabil și legal a Raportul procedurii nr. și a tuturor actelor subsecvente acestuia.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente aflate la dosarul achiziției publice, care au fost înregistrate la Consiliu sub nr.

Prin cererea de intervenție nr., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., formulată de, s-au solicitat Consiliului următoarele:

- admiterea în principiu a cererii de intervenție accesorie și, pe cale de consecință, să se dispună introducerea, în calitate de intervenient, în dosarul format pe rolul CNSC;

- respingerea contestației formulate de;
- în principal, pe cale de excepție, ca fiind inadmisibilă, în măsura în care nu a fost depusă cauciunea corespunzătoare, conform art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016;
- în subsidiar, ca fiind formulată de o persoană fără interes și inadmisibilă și pe fond, ca nefondată, corelativ cu menținerea Raportului procedurii nr. și a rezultatului procedurii de achiziție înregistrat sub nr.;
- cu cheltuieli de judecată, pe cale separată.

În cuprinsul cererii de intervenție, face un scurt istoric al procedurii arătând că a depus o ofertă, care a fost declarată admisibilă și care a obținut locul II în clasament (conform Raportului procedurii), având punctajul 89,57 în urma evaluării propunerilor tehnice și financiare. Pentru realizarea clasamentului s-a avut în vedere criteriul de atribuire "cel mai bun raport calitate-preț" și au fost luate în considerare atât informațiile prezentate de ofertanți în oferte, cât și documentele care însoțeau oferta. Oferta s-a clasat pe locul I în clasament, obținând 96 puncte. În urma formulării unei contestații la CNSC, prin Decizia nr., rămasă definitivă.

Totodată, intervenientul invocă și lipsa calității procesuale active și a interesului de a contesta decizia autorității contractante, având în vedere prevederile art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

De asemenea, acesta invocă și inadmisibilitatea celui de-al doilea motiv sub care se critică Raportul procedurii nr. având în vedere că dă dovadă de rea credință procesuală prin a solicita autorității contractante să judece legalitatea unui act emis de o altă autoritate contractantă în altă situație.

În ceea ce privește fondul cauzei, susține că a fost, în mod corect și definitiv, înlăturat de la procedură. În acest sens, precizează că efectul documentului constatator a fost tranșat deja cu putere de lucru judecat de către CNSC. În aceste condiții apreciază că avea posibilitatea de a ataca decizia Consiliului și de a prezenta argumente contrare deciziei, dar nu a întreprins acest demers, pierzând dreptul de a ataca acte ulterioare care nu fac decât să se conformeze acelei Decizii.

În susținerea afirmațiilor sale, intervenientul invocă jurisprudența Tribunalului Suprem.

De asemenea, susține că actul administrativ (documentul constatator) nu este suspendat prin simplul act al atacării sale în instanța de contencios, ci prin admiterea unei cereri de suspendare, în temeiul art. 14 și art. 15 din Legea nr. 554/2004. Orice susținere conform căreia actul a fost suspendat prin simpla contestare, este lipsită de temei juridic și este contrară legii.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr., a transmis *Note scrise* ca urmare a punctului de vedere al autorității contractante și a cererii de intervenție depusă de reluând cele menționate în cuprinsul contestației și solicitând respingerea excepțiilor invocate de intervenient ca netemeinice.

Totodată, învederează că acele critici formulate prin prezenta contestație sunt diferite față de aspectele analizate și reținute prin Decizia CNSC nr. 23/C8/2683, situație față de care autoritatea de lucru judecat nu poate fi reținută. Prin Decizia CNSC s-a reținut că autoritatea contractantă are obligația de a verifica situația menționată în Documentele constatatoare și, în acest sens, sunt necesare clarificări; Documentul constatator produce efecte până când este anulat de o instanță de judecată; și că se bucură de prezumția de legalitate până când este răsturnată printr-o hotărâre judecătorească definitivă.

De asemenea, subliniază că Documentele constatatoare nu pot fundamenta respingerea ofertei Efectele acestora sunt suspendate de drept, aspect care nu a fost anterior analizat de către Consiliu pentru simplul fapt că nu a fost invocat.

Susținerea Autorității contractante în sens contrar este netemeinică prin raportare la următoarele aspecte punctuale:

În primul rând, potrivit dispozițiilor art. 166 alin. (5) din HG nr. 395/2016, documentele constatatoare nu sunt publice și, în consecință, nu produc efecte juridice. Faptul că dispozițiile legale prevăd în mod expres că Documentele constatatoare se publică în SEAP doar după soluționarea contestațiilor conduce în mod automat la concluzia că acestea produc efecte doar între părți, respectiv între și Primăria, nefiind opozabile terților.

În opinia sa, caracterul nepublic al Documentelor constatatoare conduce la inaplicabilitatea temporară a scopului pentru care au fost emise, acela de a informa alte autorități despre conduita unui operator economic până la momentul în care legalitatea sau nelegalitatea acestora este analizată de către o instanță de judecată. Concret, rolul de informare asupra conduitei operatorului vizat este, practic, suspendat pe perioada contestației, efectele putând fi luate în considerare numai după finalizarea contestației, dacă și în măsura în care aceasta nu a condus la anularea respectivului document, desigur. De altfel, nici astăzi documentele în discuție nu sunt publicate.

Prin urmare, chiar dacă acestea au fost aduse la cunoștința autorității contractante, decizia de excludere a ofertei nu se poate întemeia pe aspectele reținute în conținutul lor, lipsa publicării putând fi văzută ca o finalitate urmărită de către legiuitor de a

proteja, măcar temporar (pe parcursul demersurilor de contestare) operatorii vizați.

.... a investit instanța de judecată atât cu anularea documentelor constatatoare, cât și cu suspendarea efectelor acestora. Deciziile ce urmează a fi pronunțate erau iminente pentru demonstrarea lipsei oricărei culpe a privind aspectele ce au condus la emiterea documentelor constatatoare, precum și viciile acestora. Or, atât timp cât legalitatea Documentelor constatatoare urmează a fi analizată de către instanța competentă nu se poate, în mod legitim, considera că se poate respinge oferta cu respectarea principiilor proporționalității și legalității aplicabile materiei achizițiilor publice.

Jurisprudența indicată de către autoritatea contractantă pentru a motiva pretinsa legalitate a Documentelor constatatoare nu este relevantă pentru soluționarea prezentei cauze. Deciziile instanțelor de judecată invocate de autoritatea contractantă sunt pronunțate în perioada 2012 - 2013 și, prin urmare, se fundamentează pe dispozițiile legale anterioare intrării în vigoare a HG nr. 395/2016. Or, prin dispozițiile art. 166 alin. (5) din HG nr. 395/2016 s-a statuat în mod expres că publicarea în SEAP se va face ulterior soluționării contestației, fiind modificate, astfel, dispozițiile legale anterioare prin care documentele constatatoare se publicau în SEAP în termen de 10 zile de la emiterea acestora. Concret, dispozițiile art. 166 alin. (5) din HG nr. 395/2016 au modificat termenul de publicare al documentelor constatatoare și, în consecință, jurisprudența anterioară nu poate fi luată în considerare la soluționarea prezentei cauze.

.... consideră, în mod nejustificat, că Decizia CNSC nr. se opune invocării criticilor privind suspendarea efectelor Documentelor constatatoare. Susținerea este greșită și netemeinică, prin Decizia CNSC nu s-a analizat suspendarea de drept a efectelor Documentelor constatatoare, ci faptul că acestea produc efecte (da, produc efecte doar între părți, și Primăria, și pot fi contestate în consecință). Prin urmare, criticile invocate prin prezenta contestație de către sunt diferite de cele analizate anterior de Consiliu și nu se poate reține puterea de lucru judecat.

Față de caracterul nepublic al Documentelor constatatoare; suspendarea de drept a efectelor acestora, și demersurile judiciare prin care a solicitat anularea și suspendare efectelor rezultă fără echivoc că decizia de respingere a ofertei nu se poate fundamenta pe susținerile reținute în Documentele constatatoare, legalitatea acestora, deși contestată, nu este confirmată de instanță de judecată. Însuși scopul art. 166 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016 ar fi contrazis de o interpretare contrară.

În concluzie, având în vedere cele de mai sus, precizează următoarele:

- Efectele Documentelor constatatoare erau suspendate de drept și, prin urmare, acestea nu puteau fundamenta decizia de excludere din procedura de atribuire;

- Cerințele impuse de lege pentru a se dispune respingerea ofertei nu sunt îndeplinite. Oricum, autoritatea contractantă nu a analizat în niciun moment probele depuse pentru a ne dovedi credibilitatea. Prin urmare, conduita autorității contractante de a respinge oferta fără a lua în considerare argumente sale și, în paralel, de a analiza oferta unui alt participant (pe care l-a și declarat câștigător) se impune a fi restricționată prin dispunerea continuării procedurii de atribuire cu consecința stabilirii conformității și admisibilității ofertei sale;

- Plata penalităților de întârziere, conduita contractuală generală a și măsurile organizatorice și de îmbunătățire a proceselor de producție, aprovizionare, vânzări și calitate implementate la nivelul societății sunt de natură a proba credibilitatea sa;

- Se impune admiterea contestației, astfel cum aceasta a fost formulată. Validarea posibilității de excludere dintr-o procedură de atribuire a unui operator economic pentru simplul motiv că, abuziv, acestuia i-au fost emise documente constatatoare - pe care, inexplicabil, competitorii uzuali le-au și obținut deși nu sunt publicate în SEAP - reprezintă un precedent periculos în practica achizițiilor publice. S-ar încălca astfel atât proporționalitatea, cât și accesul la justiție, perioada cuprinsă între momentul emiterii documentului constatator și momentul soluționării contestațiilor de către instanțele competente devenind complet vulnerabil și fiind de natură să conducă la încetarea activității totale a unui operator economic care ar putea afla că a avut dreptate prea târziu.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

...., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă organizată în vederea încheierii unui acord-cadru având ca obiect „.....”, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. și a documentației de atribuire aferente.

Împotriva raportului procedurii nr. și a comunicării rezultatului procedurii nr. prin care oferta depusă de către a fost respinsă a înaintat Consiliului contestația de față (constituind cautiunea aferentă conform dispozițiilor art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, modificată și completată de OUG nr. 23/2020), prin depunerea recipisei de consemnare nr.

De asemenea, Consiliul reține că, în cauza prezentă, a formulat o cerere de intervenție, în termenul precizat la art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, demers ce a fost încunoștințat părților interesate.

Apreciind asupra admisibilității ei în principiu, Consiliul ia act de faptul că autoarea cererii de intervenție nu numai că este interesată să participe la procedura de atribuire în dispută, ea fiind chiar câștigătoarea procedurii. În consecință, cererea de intervenție înaintată de ofertantul declarat câștigător îmbracă elementele unei cereri formulate în condițiile precizate la art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, adică a unei intervenții voluntare.

Văzând excepțiile invocate de intervenientul, privind inadmisibilitatea contestației (în măsura în care nu a fost depusă cautiunea corespunzătoare, conform art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016), și lipsa calității procesuale active și lipsa de interes a contestatorului, Consiliul dă întâietate analizei acestora, conform obligației rezultând din dispozițiile alin. (1) al art. 26 din Legea nr. 101/2016: *Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei.*

Referitor la susținerea intervenientului vizând posibila inadmisibilitate a contestației, motivat de *nedepunerea cautiunii corespunzătoare*, Consiliul o va respinge, ca neîntemeiată, având în vedere că la dosarul cauzei, contestatorul a depus, în original, recipisa de consemnare nr.

În ce privește, susținerile intervenientului vizând aparenta lipsă a calității procesuale active și de interes a contestatorului, Consiliul constată netemeinicia lor. Astfel, criticile contestatorului vizând respingerea propriei oferte, vor fi analizate pe fond, deoarece susținerile autoarei excepției se bazează, exclusiv, pe aprecierea eronată, că respingerea ofertei contestatoarei a rămas definitivă, această respingere fiind însă obiect al contestării în prezenta cauză.

Astfel, conform prevederilor alin. (3) al art. 3 din Legea nr. 101/2016, un ofertant exclus din procedură este considerat că are interes în legătură cu aceasta până când decizia de excludere rămâne definitivă: *În sensul alin. (1) lit. f) pct. (i) se consideră că o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ ofertantului interesat și fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanță, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac.*

Preliminar, Consiliul constată că în procedura de atribuire în cauză a înaintat contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de maximum 20 de zile de la primirea deciziei Consiliului, să continue procedura de atribuire în cauză prin reanalizarea ofertei, cu luarea în considerare a aspectelor analizate, așa cum s-a menționat în motivare.

În prezenta cauză, Consiliul constată că părțile sunt în dispută cu privire la decizia autorității contractante de a respinge oferta, în temeiul art. 169, coroborat cu art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016, deși, susține contestatorul, nu se încadrează în niciuna dintre situațiile prevăzute la art. 167 menționat.

În sensul celor de mai sus, Consiliul reține că, punând în aplicare Decizia nr., autoritatea contractantă a solicitat, cu adresa nr., clarificări privind Documentul constatat din data de 10.04.2019, emis de Direcția tehnică din Primăria, referitoare la, *"încadrarea/neîncadrarea în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) și lit. h) din Legea nr. 98/2016"*.

La această solicitare contestatorul a răspuns cu adresa nr.

În vederea *demonstrării în concret a credibilității prin raportare la motivele de excludere*, prevăzută la art. 171 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, arată că, *"pe durata a 15 ani de când prestează servicii/execută lucrări nu s-a dispus niciodată rezilierea contractelor, respectiv nu au fost emise documente constatatoare negative sau cu calificativ «nesatisfăcător»"*.

Ulterior transmiterii răspunsului menționat, a mai transmis o completare a acestuia cu adresa nr. ..., depășind astfel termenul impus de autoritatea contractantă.

Anexat contestației a transmis și o copie după Ordinul de plată electronic, de la

.....

a) penalități de 2 % din valoarea produselor livrate cu întârziere: "având în vedere că produsele nu au fost însoțite de documentele solicitate prin caietul (de sarcini) și că nu corespund din (punct) de vedere calitativ se calculează o penalitate de 2% din valoarea totală a contractului. Valoarea penalităților este de ... lei;

b) chirie pentru spațiul de depozitare ocupat, începând cu data de 06.04.2019;

c) *contravaloarea măsurătorilor și verificărilor efectuate pentru stabilirea puterii absorbite de ornamentele livrate: lei (exclusiv TVA).*

În speță apar ca fiind incidente următoarele prevederi ale Legii nr. 98/2016:

- art. 167 (1) *Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații:*

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

(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.*

- art. 169 *Autoritatea 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. 164, 165 și 167, de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire.*

- art. 171 (1) *Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.*

(2) *În cazul în care autoritatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire.*

(3) *Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 le poate furniza autorității contractante, în sensul prevederilor alin. (1), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă*

infracțiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația, și la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite.

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

a) dacă, în cazul faptelor prevăzute la art. 164, a expirat o perioadă de 5 ani de la data hotărârii definitive de condamnare;

b) dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant.

Din dispozițiile legale citate mai sus rezultă că, 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: - neexecutarea contractului; - prestarea unor servicii care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract; - aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract.

În speța de față, suntem în prezența unui Document constatatator final, emis ca urmare a existenței unor abateri de la calitatea serviciilor contractate, de către, respectiv a nerespectării termenelor contractuale de prestare a serviciilor, ce au condus la rezilierea contractului. În acest document se face referire și la existența unor prejudicii vizând:

a) penalități de 2 % din valoarea produselor livrate cu întârziere: "având în vedere că produsele nu au fost însoțite de documentele solicitate prin caietul (de sarcini) și că nu corespund din (punct) de vedere calitativ se calculează o penalitate de 2% din valoarea totală a contractului. Valoarea penalităților este de ...

b) chirie pentru spațiul de depozitare ocupat, începând cu data de 06.04.2019;

c) contravaloarea măsurătorilor și verificărilor efectuate pentru stabilirea puterii absorbite de ornamentele livrate:

Aceste aspecte au fost reținute și în cadrul Deciziei nr. Or, de vreme ce nu a putut furniza autorității contractante dovada *credibilității prin raportare la motivele de excludere*, prevăzută la alin. (1) al art. 171 din Legea nr. 98/2016, plata penalităților fiind făcută pro causa, ulterior emiterii Deciziei CNSC nr., iar documentul constatator în discuție nu a fost anulat sau suspendat de o instanță de judecată, până la data depunerii ofertei, el produce efecte. Orice act administrativ are forță juridică obligatorie atât față de persoanele fizice sau juridice cărora și se adresează cât și față de autoritatea care l-a emis, ținută să-l respecte ea însăși, pe tot parcursul valabilității lui. Această obligativitate a actului administrativ derivă din faptul că el este dat pe baza și în executarea legii și, din această cauză, se bucură de prezumția de legalitate. Având în vedere aceste aspecte și ținând cont de faptul că actul administrativ, respectiv documentul constatator nr. nu a fost revocat (retras de însuși organul care l-a emis ori de către instanța de judecată) sau anulat (măsura luată de către organul ierarhic superior celui care a adoptat sau emis actul sau de instanța de judecată prevăzută de lege, care face să înceteze efectele juridice ale acestui act), la dosar nefiind depuse documente/înscrisuri/alte mijloace de probă în acest sens, el își produce în continuare efecte juridice. După cum a reținut și Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal, în decizia nr., actul administrativ se bucură de prezumția de legalitate, care, la rândul său, se bazează pe prezumția autenticității și veridicității, în același timp fiind și executoriu din oficiu.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația depusă de, în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Față de cele stabilite mai sus cu ocazia soluționării contestației, Consiliul apreciază că cele evocate în cererea de intervenție depusă sunt fondate, astfel încât va admite cererea de intervenție aparținând

Pentru aceste motive,

În baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CU MAJORITATE DE VOTURI, CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca neîntemeiate, excepțiile invocate de intervenientul vizând aparenta lipsă a calității procesuale active și de interes a contestatorului, precum și posibila inadmisibilitate a contestației

Încuviințează, în principiu, și admite cererea de intervenție aparținând

Respinge, ca nefondată, contestația depusă de, în contradictoriu cu autoritatea contractantă

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 lucrătoare 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.

.....

OPINIE SEPARATĂ

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

Sunt de acord cu soluția pronunțată de majoritatea completului în ceea ce privește excepțiile invocate și încuviințarea în principiu a cererii de intervenție, opinia mea separată purtând asupra fondului cauzei și al cererii de intervenție.

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

Verificând legalitatea deciziei autorității contractante de a stabili că se afla în situația de excludere prevăzută la art. 167

alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, constat următoarele aspecte din istoricul desfășurării procedurii de achiziție publică:

- a prezentat DUAЕ în care nu a făcut referire la documentele constatatoare care au fost emise în executarea contractului nr. 12 din data de, încheiat cu

- în urma contestației înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., aducând informații și probe privind situația analizată și comunicând autorității că, în legătură cu execuția contractului nr.

„6. Criterii de evaluare a modului de indeplinire a contractului – nesatisfacatoare.

7. Comunicarea și colaborarea contractantului cu autoritatea contractanta – nesatisfacatoare.

9. Contractul a fost indeplinit corespunzător – Nu. Motivatii: a) abateri de la calitatea produselor contractate; b) abateri de la parametrii tehnici solicitați pentru produse; c) nerespectarea termenelor contractuale de livrare a produselor contractate; d) abateri de la documentația solicitată care trebuia să însoțească produsele; e) rezilierea contractului – da.

10. Prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului:

a) penalități de 2% din valoarea produselor livrate cu întârziere; având în vedere că produsele nu au fost însoțite de documentele solicitate prin caietul și că nu corespund din vedere calitativ se calculează o penalitate de 2% din valoarea totală a contractului. Valoarea penalităților este de lei (exclusiv TVA).

b) chirie pentru spațiul de depozitare ocupat începând cu data de 06.04.2019

c) contravaloarea măsurătorilor și verificărilor efectuate pentru stabilirea puterii absorbite de ornamente livrate: ... lei.”

În cuprinsul documentului constatator nr.

„6. Criterii de evaluare a modului de indeplinire a contractului – nesatisfacatoare.

7. Comunicarea și colaborarea contractantului cu autoritatea contractanta – nesatisfacatoare.

9. Contractul a fost indeplinit corespunzător – Nu. Motivatii: a) abateri de la calitatea produselor contractate; b) abateri de la parametrii tehnici solicitați pentru produse; c) nerespectarea termenelor contractuale de livrare a produselor contractate; d) abateri de la documentația solicitată care trebuia să însoțească produsele; e) rezilierea contractului – da.

10. Prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului:

a) penalitati de 2% din valoarea produselor livrate cu intarziere; avand în vedere ca produsele nu au fost insotite de documentele solicitate prin caietul și ca nu corespund din vedere calitativ se calculeaza o penalitate de 2% din valoarea totala a contractului. Valoarea penalitatilor este de ... lei.

b) chirie pentru spatiul de depozitare ocupat incepand cu data de 06.04.2019

c) contravaloarea masuratorilor și verificarilor efectuate pentru stabilirea puterii absorbite de ornamente livrate: ... lei."

- prin adresa nr....

- prin adresa nr., autoritatea contractantă a cerut Primăriei informații privind cele două documente constatatoare emise pentru, respectiv să menționeze dacă operatorul economic și-a încălcat obligațiile contractuale principale, dacă aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a contractului, dacă încălcările au dus la plata de daune-interese, dacă produsele livrate au prezentat neconformități majore care le-au făcut improprii utilizării.

-

Rezultă, din această mențiune a Primăriei, că, în fapt, există un singur document constatator valid, respectiv nr. vreo mențiune a emitentului, în cel de-al doilea certificat, a situației care a determinat întocmirea lui și nici cu privire la faptul că îl anulează pe cel anterior, nr. să fi fost anulat ori revocat, motiv pentru care atât contestatoarea, cât și autoritatea contractantă și-au aliniat poziția față de ambele certificate constatatoare, deși primul se relevă ca fiind anulat implicit de cel de-al doilea, potrivit explicațiilor emitentei lor.

În răspunsul Primăriei nu se regăsesc niciun fel de mențiuni privind aspectele evocate asupra cărora autoritatea contractantă a cerut să îi fie comunicat punctul de vedere al emitentului celor două documente constatatoare în analiză.

- în „Procesul-verbal intermediar” nr., s-a consemnat faptul că doi dintre membrii comisiei de evaluare opinează în sensul că documentele constatatoare nu sunt legale, nu au fost publicate în SEAP, sunt contestate în instanță și, ca urmare, nu produc efecte juridice. La dosar se regăsesc și notele individuale ale celor doi membri ai comisiei de evaluare în care aceștia au evocat că cele două documente nu sunt semnate de reprezentantul legal al emitentului, respectiv Primarul, au fost emise două documente constatatoare pentru același contract sub motivația că s-a greșit valoarea prejudiciului, că ele nu au fost publicate în SICAP și că sunt atacate în instanță.

- în „Procesul-verbal intermediar” nr., s-a menționat că, în sensul excluderii, opinează trei dintre membrii comisiei de

evaluare, iar alți doi (autorii notelor individuale) sunt de părere că nu este necesară excluderea pentru considerente expuse în notele întocmite.

- În raportul procedurii nr. ..., comisia de evaluare a consemnat următoarele motive pentru care a fost decisă excluderea din procedură a:

.....

În aceste condiții, respectivele documente constatatoare emise de o autoritate contractantă beneficiază de prezumția de legalitate, autenticitate și veridicitate, de care se bucură orice act administrativ, până la anularea lor de către instanță.

Comisia de evaluare a analizat dacă documentele constatatoare reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. 1 lit. g din Legea 98/2016 și a constatat următoarele:

- încălcarea gravă - neexecutarea contractului, livrarea unor produse care prezintă neconformități majore, care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract (conform alin. 9 lit. a, lit. b, lit. e din documentele constatatoare cât și adresa nr.);

- încălcarea obligațiilor principale a intervenit în derularea unui contract de achiziții publice (contract de achiziții publice nr. ...);

- încălcarea gravă a condus la încetarea anticipată a respectivului contract și stabilirea unor prejudicii în valoare de lei (conform alin. 9 lit. e și conform alin. 10 lit. c din documentele constatatoare);

Totodată, Comisia de evaluare constată că nu a furnizat nici una dintre dovezile la care face referire art. 171 alin. 3 din Legea 98/2016, ci s-a limitat la a exprima motive de pretinsă nelegalitate a documentelor constatatoare, asupra cărora, așa cum s-a arătat, competența de a se pronunța aparține Instanței de judecată.

Menționăm că, Comisia de evaluare nu a ținut cont de documentele transmise în data de de către, deoarece nu au fost postate în SEAP în termenul precizat în solicitarea de clarificări a autorității contractante.

Față de cele prezentate, Comisia de evaluare constată că sunt îndeplinite condițiile cumulative prevăzute la art. 167 alin. 1 lit. g din Legea 98/2016 de excludere a ofertei depuse de în temeiul art. 169, coroborat cu art. 167 alin. 1 lit. g din Legea 98/2016.

De asemenea având în vedere faptul că la nivelul DUAE nu a declarat existența documentelor constatatoare, pe care ulterior, în cadrul răspunsului la clarificări le-a recunoscut, Comisia de evaluare

constată că ofertantul se află în situația prevăzută la art. 167 alin. 1 lit. h din Legea 98/2016.

În urma analizării documentelor depuse de privind încadrarea/neîncadrarea în situația de excludere, prevăzută la art. 167 alin. 1 lit. g și lit. h din Legea 98/2016 în SEAP, s-a constatat că există divergențe de păreri între membrii Comisiei de evaluare, consemnate în Procesul verbal intermediar nr.

Din acest motiv, Președintele Comisiei de evaluare solicită întrunirea acesteia, în data deurma reevaluării ofertei și a clarificărilor postate de acesta pe SEAP, cât și în scopul finalizării etapei de evaluare a ofertelor și de stabilire a ofertei câștigătoare. Argumentele și părerile au fost consemnate în Procesul verbal intermediar nr. iar datorită faptului că nu s-a ajuns la un acord, decizia finală a fost adoptată cu votul majorității membrilor Comisiei de evaluare, conform art. 131 alin. 8 din HG 395/2016.

Având a mă pronunța asupra legalității acestei măsuri a autorității contractante, observ următoarele dispoziții ale Legii nr. 98/2016, în forma în vigoare la data inițierii acestei proceduri de achiziție publică:

- art. 167

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

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

(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.”

- art. 171

„(1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la [art. 164](#) și [167](#) care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

(2) În cazul în care autoritatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile [alin. \(1\)](#) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a

credibilității, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire.

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

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

- *operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior;*

- *încălcarea gravă a obligațiilor contractuale poate fi considerată neexecutarea contractului ori livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract;*

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

Astfel, pentru a decide dacă a fost în mod legal exclusă din procedură, trebuie verificat și stabilit dacă, referitor la executarea de către aceasta a obligațiilor ce îi reveneau în baza contractului nr. 12 din data de, încheiat cu, s-a făcut vinovată de încălcarea în mod grav sau repetat a obligațiilor sale principale și dacă această

presupusă conduită a sa a condus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

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

Este adevărat că legiuitorul nu a condiționat excluderea din procedură, în cazul prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 de existența unei hotărâri judecătorești definitive asupra legalității emiterii unui document constatator, însă important este a observa și că, potrivit acele... prevederi, legiuitorul nu a condiționat excluderea din procedură nici de existența unui document constatator ori a altui asemenea act emis de un client beneficiar al operatorului economic analizat. Mai simplu spus, în textul dispozițiilor coroborate ale art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016, nu se condiționează excluderea operatorului economic de existența unui document constatator emis de vreun beneficiar al acestuia.

Potrivit art. 166 alin. (1) din HG nr. 395/2016, *„Autoritatea contractantă are obligația de a emite documente constatatoare care conțin informații referitoare la îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, la eventualele prejudicii, [...].”*, iar conform alin. (8) al acelu... articol, *„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.”*

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

„reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) [lit. g](#) din Lege.”

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

Singurul efect al existenței unui document constatator este acela că trebuie să determine o viitoare autoritate contractantă să realizeze verificările prevăzute la art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016, și nicidecum acela că determină excluderea operatorului economic din procedura de atribuire a unui contract de achiziție publică, pe baza informațiilor pe care le cuprinde.

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

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

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

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

Referitor la această din urmă posibilitate acordată de legiuitor operatorului economic prin prevederile de la art. 171 alin. (1), (2) și (3) din Legea nr. 98/2016, deși, prin decizia sa anterioară, Consiliul a evocat aceste dispoziții legale, autoritatea nu a făcut aplicarea lor, solicitând, prin adresa nr., doar să clarifice ne/încadrarea în situația de excludere, nu și probele la care se referă dispozițiile art. 171 alin. (1), (2) și (3). Ba mai mult, aceasta a ales să nu ia în considerare probe pe care i le-a prezentat în beneficiul acordat

de prevederile art. 171 alin. (1), (2) și (3) din Legea nr. 98/2016, deoarece unele au fost depuse ulterior termenului de răspuns indicat în adresa de solicitare nr., deși probele respective nu erau un răspuns al operatorului la vreo solicitare expresă a autorității din cuprinsul adresei acesteia, ci probe depuse din proprie inițiativă, în cunoașterea legii. Drept urmare, stabilesc că neluarea în considerare, de către autoritatea contractantă, a probelor pe care le-a transmis prin adresa nr., încalcă dreptul operatorului economic recunoscut de lege prin prevederile art. 171 din Legea nr. 98/2016.

De subliniat este, în acest moment, și faptul că, deși s-a aflat în posesia răspunsului Primăriei la interpelarea sa, autoritatea contractantă nu a ținut cont de mențiunea potrivit căreia unicul document constatatator emis în privința are nr., emiterea lui fiind determinată de înscrierea unei valori eronate a cuantumului penalităților în primul certificat constatatator, nr.

Având în vedere toate aspectele expuse, constat că autoritatea contractantă din prezenta speță nu și-a manifestat pe deplin rolul activ în verificarea îndeplinirii condițiilor care ar fi determinat, în mod legal, păstrarea ori excluderea din procedură a, având posibilitatea legală și neîmpiedicând-o nimic să ceara societății, în concret, probe pentru verificarea incidenței dispozițiilor art. 171 din Legea nr. 98/2016.

Așa cum rezultă din raportul procedurii, comisia de evaluare nu a examinat nici măcar probele pe care le-a primit în termenul indicat în demersul său de clarificare, în verificarea îndeplinirii condițiilor cumulative de la art. 167 alin. (1) [lit. g\)](#) din Legea nr. 98/2016 și/sau al incidenței situației reglementată la art. 171 din aceeași lege, analiza ei rezumându-se la a constata cele consemnate în documentele constatatoare analizate, sub pretextul că informațiile pe care societatea le-a adus în a explica contextul în care documentele au fost emise sunt de competența instanței de judecată. Or, tocmai la o asemenea verificare autoritatea contractantă era ținută, potrivit dispozițiilor legale citate în cuprinsul acestei opinii separate, rezultând, în consecință, că nu și-a îndeplinit prerogativa legală în examinarea situației juridice a societății contestatoare.

Cât privește mențiunea din opinia majoritară, potrivit căreia plata, în data de, a penalităților în valoare de lei nu poate fi luată în considerare ca fiind o dovadă concretă a credibilității prin raportare la motivele de excludere, așa cum este prevăzut la art. 171 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, deoarece s-a făcut ulterior datei depunerii ofertelor, respectiv, consider că nu poate fi primită. Astfel, potrivit art. 169 din Legea nr. 98/2016, „Autoritatea

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. 164](#), [165](#) și [167](#), de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire.”

Aplicând raționamentul din acest text de lege pentru situația opusă, rezultă că autoritatea contractantă are posibilitatea ca, în orice moment al procedurii de atribuire, în care are cunoștință de faptul că operatorul economic a ieșit de sub incidența unei situații de excludere, să ia măsuri în acest sens. Astfel, având în vedere că plata penalităților s-a realizat până la data întocmirii raportului procedurii (.....) și având în vedere că reprezintă una dintre măsurile prevăzute la art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, opinez că autoritatea contractantă putea și trebuia să ia în considerare acest demers al, așa cum rezultă că s-ar fi și întâmplat, potrivit comunicării rezultatului procedurii în care sunt evocate doar prejudicii în valoare de 12.334,69 lei („contravaloarea măsurătorilor și verificărilor efectuate pentru stabilirea puterii absorbite de ornamente livrate”).

Însumând cele evocate până la acest punct al analizei, rețin că autoritatea contractantă nu și-a îndeplinit obligația legală de a cere acestei societăți să îi prezinte informații și probe care să îi faciliteze verificarea îndeplinirii condițiilor cumulative necesare unei excluderi legale din procedură și/sau pentru verificarea situației legale de exceptare de la aplicarea măsurii, și nu a analizat nici măcar probele și informațiile în posesia cărora a fost, în ceea ce privește situația juridică a ofertantei, pretinzând că această verificare este de competența instanței de judecată.

.....
«Din dispozițiile legale enunțate, reies următoarele concluzii, pentru cazul special de excludere prevăzut la lit.g:

- autoritatea contractantă este obligată să procedeze la excludere dacă, urmare a situației constatate, măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată; această obligație intervine automat, operatorul neavând posibilitatea ca, în aplicarea dispozițiilor art.171 alin. 1-3, să mai convingă autoritatea de credibilitatea sa;

- autoritatea contractantă nu poate exclude operatorul care, deși se află în situațiile de excludere prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant;

- *autoritatea contractantă are dreptul de a exclude operatorul care se află în situațiile de excludere prevăzute la art. 167, operator care, la rândul său, are posibilitatea de a furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea; de aici, concluzia că, pe de o parte, existența unui document constatator al situației nu conduce în mod automat la excludere, pe de altă parte, că, prezentarea unor astfel de dovezi poate convinge autoritatea contractantă care-și poate asuma răspunderea de a păstra în procedură ofertantul.*

Prin urmare, autoritatea contractantă dispune de un drept de apreciere în ceea ce privește excluderea din procedură, în cazul incidenței situațiile prevăzute la art. 167 (și în lipsa unei hotărâri definitive de stabilire a interdicției de participare la procedură), autoritatea contractantă fiind singura responsabilă pentru modul de atribuire a contractului, în aplicarea principiului asumării răspunderii;

Dispozițiile enunțate stabilesc dreptul de apreciere al autorității contractante în ceea ce privește măsura excluderii, în situația concretă din 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 speță, din actele depuse, rezultă că autoritatea contractantă și-a exercitat dreptul de apreciere în limitele impuse de lege, în sensul că avea posibilitatea de a exclude sau, dimpotrivă, de a păstra operatorul în procedură, și că, mai mult, alegerea a fost justificată.

În acest sens, se observă că în cuprinsul procesului verbal au fost menționate toate împrejurările relevante care au format opinia autorității în sensul oportunității păstrării în procedură a petentei; s-a arătat, în concluzie, că contractul de servicii a încetat ca urmare a încetării contractului de execuție de lucrări; că Societatea petentă și-a încasat contravaloarea serviciilor pentru finalizarea a 80% din contractul de execuție, ultima plată fiind efectuată după rezilierea contractului; că ultimul proces-verbal de recepție încheiat după rezilierea contractului a fost semnat ca fiind conform cu cerințele calitative și cantitative; că nu a fost executată garanția de bună execuție; că, în minuta de reziliere, se menționează faptul că contractele se reziliază din vina exclusivă a constructorului.

În justificarea acestei concluzii, au fost avute în vedere documentele depuse la dosar: [...]

Au fost, de asemenea, avute în vedere contracte încheiate ulterior anului cu diverși beneficiari, și care au fost finalizate, contracte care, contrar considerentelor reținute în decizie, sunt

dovezi în sensul art. 171 alin. 3 din Legea nr. 98/2016, de vreme ce relevă împrejurări ulterioare celor constatate prin documentul constatator, relevante pentru aprecierea conduitei petentei.

Față de toate cele reținute, Curtea constată că, în aplicarea corectă a legii, autoritatea contractantă și-a exercitat dreptul de apreciere în limitele impuse de lege, stabilind motivat, prin prisma documentelor depuse și explicațiilor oferite, că măsura excluderii nu se impune, asumându-și răspunderea pentru soluția adoptată.

Fiind singura în măsură să aprecieze oportunitatea excluderii din procedură a unui operator economic aflat în această situație, nici consiliul și nici instanța nu pot interveni, decât în măsura în care dispozițiile legale au fost încălcate iar soluția este adoptată cu exces de putere.»

Așadar, verificarea prevăzută la art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016, nu reprezintă o simplă luare la cunoștință a informațiilor înscrise în documentul constatator care a declanșat aplicarea acestei dispoziții legale, ci o implicare activă a autorității contractante în a obține probe, a le analiza și a-și asuma măsura excluderii sau păstrării în procedura de atribuire a operatorului economic, cu interpretarea coroborată și judicioasă a întregului set de dispoziții legale (citate în prezenta opinie) care reglementează conduita părților, drepturile și obligațiile acestora, precum și măsurile necesare și excepțiile de la acestea.

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

Or, autoritatea în cauză nu a înțeles să realizeze verificări cu privire la acte și fapte care, aparent, au determinat emiterea documentului constatator, pentru a stabili dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative necesare excluderii (așa cum impun prevederile art. 166 alin. 8 din HG nr. 395/2016), ba chiar a ignorat actele ce i-au fost comunicate de societate sub pretextul că nu îi intră în competență o astfel de verificare.

Trebuie menționat faptul că nici examinarea realizată de autoritatea contractantă și nici prezenta motivare nu reprezintă verificări ale legalității documentului constatator, o astfel de verificare fiind, fără îndoială, de competența instanței de judecată.

Demersul necesar al autorității contractante, așa cum este analizat în prezenta motivare, reprezintă aplicarea dispozițiilor legale coroborate ale art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016 și art. 167 alin. (1) [lit. g](#)) din Legea nr. 98/2016.

Mai mult, legiuitorul a stabilit la art. 166 alin. (5) din HG nr. 395/2016, ca „Documentele constatatoare emise de către autoritatea contractantă pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, pentru eventualele prejudicii, se publică în SEAP, în termen de 60 de zile de la data emiterii, dar nu mai devreme de data expirării termenului/soluționării contestațiilor, în situația în care acestea au fost depuse.” Rezultă de aici că, până la termenul stabilit de lege, documentul constatator nici nu este făcut public, așa cum este și cazul actelor analizate în prezenta cauză. Împotriva celor două documente constatatoare,

«5. Asupra fondului plangerii [...]

In ceea ce privește cel de-al doilea document constatator nr. 5149/12.04.2019, chestiunea în discuție vizează producerea de efecte juridice de către acesta, în condițiile în care a fost formulată o contestație împotriva sa.

*Potrivit art.166 alin.5 din HG nr.395/2016 - Documentele constatatoare emise de către autoritatea contractantă pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, pentru eventualele prejudicii, se publică în SEAP, în termen dc 60 de zile de la data emiterii, **dar nu mai devreme de data expirării termenului/soluționării contestațiilor, în situația în care acestea au fost depuse.***

Așadar, un asemenea document constatator nu este publicat în SEAP, în vedere aducerii la cunoștința terților și producerii de fecte juridice decât după soluționarea contestațiilor. În prezenta cauză, petenta a dovedit formularea contestației conform adresei nr. (fila 84 dosar CNSC) care a indicat expres că va solicita SEAP radierea documentului din sistem. De asemenea, conform corespondenței depuse în fața instanței de judecată (fila 23 și urm.) documentul constatator a fost anulat în sistem.

In condițiile în care, documentul în cauză nu trebuia publicat, eroarea fiind ulterior remediată prin înlăturarea acestuia, respectivului act nu i se pot atribui efecte care să se producă în prezenta procedură, nefiind așadar îndeplinite condițiile de la art. 167 lit. g și nici lit. h (declarații false în scopul verificării motivelor de excludere) întrucât acest din urmă temei era raportat tot la cele două documente constatatoare.

Având în vedere constatările anterioare, Curtea nu va mai analiza apărările privind modalitatea de aplicare a art. 171 din Legea nr. 98/2016 și urmează a admite plângerea [...].»

Drept urmare, observ că rațiunea instanței de judecată a fost în sensul că, nefiind făcut public, documentul constatator nici nu ar

trebui să fie avut în vedere la demararea verificărilor pentru incidența cazului de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) [lit. g](#)) din lege.

Chiar interpretând contrar cele stabilite de Curtea de Apel (dat fiind că jurisprudența nu reprezintă izvor de drept) și considerând că, în pofida nepublicării lui, documentul constatator determină verificarea incidenței cazului legal de excludere, se poate considera că autoritatea contractantă trebuia, cel puțin, să verifice conținutul probelor primite de la societatea contestatoare și să constate dacă acestea susțin sau nu îndeplinirea condițiilor cumulative de la art. 167 alin. (1) [lit. g](#)) din Legea nr. 98/2016. Verificarea situației care a determinat emiterea certificatului constatator trebuie să se facă și cu respectarea principiului proporționalității, consacrat la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, respectiv prin adaptarea măsurii la întregul ansamblu de probe din care să rezulte gradul de vinovăție al operatorului economic, eventuala împărțire a culpei între părțile contractante care au concurat la ivirea situației ce a determinat emiterea documentului constatator, conduita acestora ulterior apariției evenimentului, gravitatea abaterii, nivelul sancțiunilor pecuniare raportat la valoarea întreagă a prestației, modalitatea în care acestea au fost stabilite etc.

Așadar, îi revine autorității contractante sarcina unei analize serioase, laborioase și mature, precum și asumarea răspunderii în a verifica dacă este necesară sau nu excluderea unui operator economic din procedura de achiziție publică.

În acest context, evoc documentele depuse de în susținerea poziției sale față de evenimentul care a determinat să emită documentele constatatoare amintite:

- anexat adresei de răspuns nr.:
 - lista contractelor încheiate (36) cu diverși beneficiari și executate în bune condiții;
 - plângerea prealabilă înaintată emitentului documentelor constatatoare;
 - adresa nr.) și rezilierii contractului din, informații privind motivele măsurilor adoptate;
- anexat adresei de completare a probelor nr. 108 din:
 - considerații ce trebuie avute în vedere ca argumente pentru neexcluderea societății din procedurile de achiziție la care participă, ca motive de suspendare și anulare a documentelor constatatoare negative emise de și de reziliere a contractului de furnizare;
 - contract nr.
 - act adițional nr.
- anexat contestației:

- proces-verbal de inventariere întocmit la data de - versiune olografă și dactilografiată;
- procese-verbale de recepție a prestațiilor din alte contracte încheiate cu diverși beneficiari.

Prezentele considerente au fost determinate de faptul că activitatea autorității contractante, așa cum a fost analizată mai înainte, raportat la textele de lege incidente în speță, nu a făcut posibilă, fără dubiu, concluzia că măsura excluderii a fost luată cu respectarea întregului probatoriu și a rigorilor legale.

Cât privește motivul de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) [lit. h\)](#) din Legea nr. 98/2016 (*„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”*), observ că autoritatea îl motivează prin faptul că operatorul economic nu a declarat în DUAE existența celor două documente constatatoare. Or, acesta nu este un motiv valid al măsurii de excludere pe baza acestui text de lege, deoarece neînscrierea în DUAE a mențiunilor privind documentele constatatoare nu reprezintă în mod necesar o informație falsă, ci doar aprecierea operatorului respectiv că nu se află în situația respectivă de excludere, conform celor expuse mai înainte în prezenta opinie separată, cu atât mai mult cu cât documentele nici nu au fost făcute publice.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de 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, consider că ar trebui admisă contestația depusă de, ar trebui anulat raportul procedurii nr.

În baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, consider că autoritatea contractantă ar trebui obligată ca, în termen de 20 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în prezenta opinie separată, să reanalizeze oferta depusă de, să stabilească rezultatul procedurii prin emiterea unui nou raport al acesteia și să comunice ofertanților cele decise.

Față de cele reținute mai sus cu ocazia analizării fondului cauzei, stabilesc că cele evocate în cererea de intervenție depusă de sunt neîntemeiate, astfel încât aceasta ar trebui respinsă.