CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, Bucureşti, România, C.P. 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, 021 8900 745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) şi ale art. 27 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

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

Pe rolul CNSC au fost înregistrate sub nr. 23807/15.06..... și nr. ...../....., contestațiile înaintate de Asocierea ...și Asocierea ..... SA, împotriva rezultatului procedurii de atribuire, transmis cu adresa nr. 2600/24.05....., emise de ....., cu sediul în ....., ..., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de servicii intitulat „Sprijin pentru pregătirea aplicației de finanțare și documentațiilor de atribuire pentru proiectul regional de dezvoltare a infrastructurii de apă și apă uzată din județul ...../Regiunea Centru, în perioada 2014-2020”, coduri CPV: 71356200-0, 71241000-9, 71322000-1, 79411000-8 și 79418000-7, inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ...../ .....

Prin contestația nr. CNMCO/1506/14.06....., înregistrată la CNSC sub nr. 23807/15.06....., înaintată de SC ...SRL, cu sediul în ....., , înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., CIF ..., reprezentată prin dl....– administrator, în calitate de lider al ASOCIEREA SC ...SRL – SC ...SRL – ..., formulată împotriva rezultatului procedurii de atribuire, transmis cu adresa nr. 2600/24.05....., emisă de ....., s-a solicitat Consiliului:

- să dispună anularea actului administrativ reprezentat de comunicarea rezultatului procedurii nr. 2600/24.05....., ca netemeinic și nelegal.

- să dispună remedierea încălcării legislației achizițiilor publice constând în aprecierea de către comisia de evaluare, în mod netemeinic și nelegal, a caracterului inacceptabil al ofertei contestatoarei, în temeiul art. 143 alin. (2) lit. din HG nr. 394/2016;

- să dispună remedierea încălcării legislației achizițiilor publice constând în aprecierea de către comisia de evaluare, în mod netemeinic și nelegal, a aplicabilității dispozițiilor art. 180 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 99/2016,

- să oblige comisia de evaluare la reevaluarea ofertei prezentate de contestatoare, cu respectarea cerințelor din cuprinsul Documentației de atribuire, a legislației aplicabile în materia achizițiilor publice și a principiilor consacrate de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016;

să dispună anularea în parte a proceselor verbale intermediare de evaluare și a actelor subsecvente prin care s-a reținut constatarea caracterului inacceptabil al ofertei contestatoarei, și reevaluarea acesteia cu respectarea tuturor dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice.

Prin contestația înregistrată la CNSC sub nr. ...../....., înaintată de ..... SA, cu sediul în ....., ..., ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. J40/5016/1995, CIF ....., reprezentată convențional prin ....., cu sediul în ....., în numele Asocierii ..... SA, formulată împotriva răspunsului la plângerea prealabilă, transmis cu adresa nr. 2716/06.06....., emisă de ....., s-a solicitat Consiliului să dispună:

-anularea răspunsului transmis de autoritatea contractantă prin adresa nr. 2716/06.06....., față de Notificarea prealabilă comunicată în data de 31.05.....;

- anularea raportului procedurii și decizia autorității contractante prin care oferta depusă de contestatoare a fost exclusă, în temeiul prevederilor art. 180 lit. g) coroborat cu art. 184 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 99/2016;

- anularea comunicării rezultatului evaluării nr. 2600/24.05....., publicat în SEAP la data de 24.05....., prin care s-a dispus excluderea ofertei contestatoarei din cadrul procedurii de atribuire), precum şi celelalte acte care au stat la baza emiterii sale;

- anularea oricăror acte subsecvente comunicării rezultatului evaluării din cadrul procedurii de atribuire;

- reluarea procedurii de atribuire din stadiul la care era în momentul excluderii ofertei contestatoarei, cu luarea în considerare a ofertei sale.

Pentru soluționarea cont0065stațiilor, având în vedere că acestea au fost formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, Consiliul a procedat la conexarea lor, în conformitate cu dispozițiile art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, pentru a se pronunța o soluție unitară.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestațiile de față, prin care

ASOCIEREA ...și ASOCIEREA ..... SA, atacă rezultatul procedurii de atribuire, transmis cu adresa nr. 2600/24.05....., emise de .....

Prin contestația nr. CNMCO/1506/14.06....., înregistrată la CNSC sub nr. 23807/15.06....., SC ...SRL, în calitate de lider al ASOCIEREA ...atacă rezultatul procedurii de atribuire, transmis cu adresa nr. 2600/24.05....., emisă de ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii mai sus amintite, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Contestatoarea arată că, prin comunicarea rezultatului procedurii nr. 2600/24.05....., oferta sa a fost declarată inadmisibilă în mod nelegal, fapt ce justifică legitimitatea demersului său în ce privește remedierea încălcării legislației, prin anularea actului vătămător.

Prin solicitarea de clarificări nr. 187/13.04....., entitatea contractantă i-a pus în vedere prezentarea unor „clarificări în legătură cu Documentul constatator final nr. 11181/27.05.2016 emis de către SC ...SA referitor la neîndeplinirea contractului de servicii nr. 6/15.09.2011 încheiat cu ...SA."

Prin adresa nr. CNMCO 1427/27.04....., contestatoarea a răspuns solicitării, explicând, în mod detaliat, argumentat și motivat întreaga situație juridică aferentă contractului nr. 6/15.09.2011 (derularea acestuia, modul abuziv de reziliere unilaterală de către SC ... SA, faptul că nu au fost reținute/cuantificate prejudicii în sarcina Beneficiarului, faptul că nu a fost executate Garanția de bună execuție, precum și, nu în ultimul rând, stadiul litigiilor inițiate atât de contestatoare împotriva măsurii abuzive de reziliere a contractului și de emitere a unui document constatator negativ, cat și cele inițiate de către SC ...SA în vederea obținerii unei confirmări/certificări dm partea instanțelor de judecată cu privire la legalitatea propriilor măsuri adoptate față de acest contract).

Ignorând toate aceste clarificări, comisia de evaluare a luat decizia respingerii ofertei fără a indica nicio referință concretă despre motivațiile avute în vedere în reținerea incidenței dispozițiilor art. 180 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 99/2016.

Astfel, comisia de evaluare susține că asociatul SC ...SRL și-ar fi încălcat „*în mod grav sau repetat obligațiile principale*" fără a fi limpede care dintre cele două circumstanțe au fost vizate de comisia de evaluare, respectiv, ori încălcarea gravă, ori încălcarea repetată și mai ales, fără a indica sau descrie care au fost aceste încălcări.

Exemplificativ, în condițiile în care subiect al discuției este un singur document constatator, ipoteza referitoare la încălcarea repetată a unor obligații contractuale rezultând în mod logic din mai multe contracte este una complet nesustenabilă.

Mai departe, comisia de evaluare susține ca încălcările avute în vedere ar fi vizat obligații principale dintr-un contract, fără a nominaliza care sunt aceste obligații, susține că încălcările ar fi condus la încetarea anticipată a contractului, fără a indica în ce temei a ajuns la concluzia ca o astfel de ipoteză s-ar regăsi și în cazul analizat, susține că în speță s-ar fi plătit daune interese și această afirmație rămânând doar o supoziție lipsită de orice suport referențial.

Pe de altă parte, cel mai evident exemplu de nemotivare a comunicării deciziei de respingere rămâne cel referitor la invocarea și a altor sancțiuni comparabile, comisia de evaluare omițând să indice care ar fi acele sancțiuni și respectiv care ar fi circumstanțele materiale care s-ar asocia acestor sancțiuni.

Contestatoarea menționează că aceste deficiențe au rămas chiar și în urma răspunsului la notificarea prealabilă.

În concluzie, în opinia sa, comisia de evaluare a întocmit o adresă de comunicare care are la bază doar simple supoziții din care lipsesc motivele concrete care au stat la baza deciziei autorității contractante, astfel după cum dispune Legea nr. 99/2016, în speță, nefiind îndeplinită obligația comisiei de evaluare de a-si motiva decizia prin trimitere la circumstanțele concrete reținute din documentele depuse de în cadrul acestei proceduri de atribuire, simpla copiere a unui text de lege neputând fi considerată a fi motivarea deciziei de respingere.

Referitor la Documentul constatator nr. 1181/27.05.2016, emis de către ..., contestatoarea, după ce reamintește conținutul art. 161 alin. (8) din HG nr. 394/2016, dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. g) și alin. (6) dar și ale art. 184 alin. (1) alin. (2) și alin. (3), subliniază simpla existență a unui document constatator negativ emis de către o autoritate contractantă, nu poate conduce la declararea și la descalificarea *ab initio* a unui ofertant de la o altă procedură, mai ales atunci când pe rolul instanțelor de judecată se dezbate legalitatea/ nelegaalitatea emiterii unui astfel de document, respectiv incidența sau nu a unei împrejurări de natură să conducă la reținerea de încălcări grave ale obligațiilor contractuale printr-o hotărâre definitivă. Simpla existență a documentului constatator este lipsită de orice semnificație juridică atât timp cât litigiile în curs nu au fost soluționate. Nu se poate vorbi despre incidența unui document constatator atâta vreme cât acest document poate fi infirmat/anulat prin decizia instanței de judecată.

Contestatoarea precizează că toate motivele prezentate în documentul constatator sunt netemeinice și în contradicție flagrantă cu realitatea faptică și contractuală motivat de faptul că Asocierea din care a făcut parte SC ...SRL a avut permanent în vedere că întreaga activitate derulată să contribuie direct la implementarea contractelor de lucrări, la asigurarea circuitului pentru plățile aferente lucrărilor executate. Contractul de bază a fost îndeplinit în luna februarie 2015.

Având în vedere conjunctura generală a derulării contractului de finanțare și stadiul de implementare a contractelor de lucrări care înregistrau întârzieri semnificative din motive total independente de SC ...SRL, s-a convenit prelungirea perioadei de prestare a serviciilor prin Actul adițional nr. 13/2015 până la data de 15.12.2015.

În continuare, societatea contestatoare expune modul de derulare al contractului de mai sus, cu ...SA, subliniind că a fost nevoită să reducă personalul din șantier, moment la care beneficiarul a emis Notificarea de reziliere nr. 9924/12.05.2016, care formează obiectul Dosarului nr.

5925/108/2016 aflat pe rolul Tribunalului Arad, cu concluzia că la acest moment, rezilierea contractului este un subiect în dispută în privința căruia trebuie să se pronunțe instanța de judecată, împrejurare de fapt care întăreşte concluzia că nu se poate vorbi despre încetarea anticipată a contractului de bază, ci cel mult existența unei situații litigioase între părţile contractuale în curs de soluţionare, având ca obiect servicii adiţionale contractului de bază.

Contestatoarea consideră că în speța de față nu se îndeplinesc nici celelalte condiții cumulative necesar a fi îndeplinite pentru a produce efecte, în sensul că emitentul nu a determinat un prejudiciu cert prin raportare la pretinsele încălcări contractuale.

Caracterul nelegal și abuziv al pretinselor încălcări ale obligațiilor contractuale și prejudicierea Beneficiarului, a fost constatat și reținut ca atare și de către societatea de asigurare - reasigurare ..., emitentul garanției de bună execuție, care a refuzat categoric (prin adresa nr. 20825/29.08.2016) solicitarea de plată transmisă de ..., document împotriva căruia aceasta din urmă nu a întreprins niciun demers juridic.

Pe de altă parte, SC ...SRL a informat/probat ca am promovat o cerere de chemare în judecată, ce formează obiectul Dosarului nr. 21/108/..... de pe rolul Tribunalului Arad, dosar nesoluționat la data prezentei, prin care s-a solicitat instanței să constate nelegalitatea și netemeinicia notificării de reziliere a contractului.

În ceea ce privește Documentul constatator nr. 1181/27.05.2016, având in vedere caracterul vădit netemeinic și nelegal al acestuia, împotriva sa a fost promovată, în conformitate cu dispozițiile Legii nr. 544/2004, o cerere de chemare în judecată care formează obiectul Dosarului nr. 592/108/2016.

Având în vedere toate cele mai sus expuse și consecvent demersurilor juridice întreprinse până la acest moment, contestatoarea subliniază că a demonstrat că nu se încadrează în situația descrisă de art. 180 alin (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016 întrucât nu sunt îndeplinite condițiile cumulative prevăzute de legiuitor în cadrul acestui articol și, în consecinţă, nu avea nicio obligație de a completa secțiunea în discuție din DUAE prin inserarea mențiunii DA în cadrul documentului, luându-și angajamentul ca, pe măsura derulării procedurilor litigioase aflate pe rolul instanțelor de judecată să pună la dispoziție hotărârile ce vor fi emise în aceste dosare.

De asemenea, a ataşat și material probator în cuprinsul căruia se regăsesc detaliate toate susţinerile enumerate în mod sumar în cuprinsul răspunsului, dar și fiecare din cererile de chemare în judecată la care s-a făcut referire.

Autoritatea contractantă era obligată să verifice și să motiveze decizia de declarare o ofertei contestatoarei ca inacceptabilă, ceea ce nu s-a întâmplat.

În susținerea celor afirmate, contestatoarea prezintă extrase din practica Curții Europene de Justiție.

Sumarizând, contestatoarea subliniază că certificatele constatatoare emise în temeiul dispoziţiilor OUG nr. 34/2006 pot constitui motiv de excludere doar în măsura în care autoritatea contractantă verifică şi constată îndeplinirea condiţiilor privind existenţa unor motive imputabile ofertantului şi a prejudiciului grav.

Prin urmare, autoritatea contractantă era obligată să verifice şi să motiveze decizia de declarare a ofertei sale ca inacceptabilă, ceea ce nu s-a intamplat.

Motivarea deciziei de respingeie a ofertei contestatoarei trebuia fundamentată pe o evaluare temeinică a documentelor constatatoare avute în vedere, iar nu pe o analiză superficială, care creează aparenţa unei evaluări neobiective, de natură a încălca principiul nediscriminării şi principiul tratamentului egal al ofertanţilor.

Astfel, conform prevederilor dreptului european nu se acceptă excluderea automată a operatorului economic, ci doar după ce analiza efectuată în procesul de evaluare printr-o apreciere concretă şi individualizată relevă o culpă evidentă, o intenţie culpabilă sau o gravă neglijenţă, având consecinţe de o gravitate considerabilă.

Totodată, dispoziţiile art. 57 alin. (6) din Directiva nr. 24/2014, arată în mod explicit că dacă măsurile luate de operatorii economici pentru a demonstra fiabilitatea acestora sunt considerate insuficiente de autoritatea contractantă, că *"operatorul economic primeşte* o *expunere a motivelor respectivei decizii"*

În acest sens s-a pronunţat şi Consiliul, reţinând într-o speţă similară obligaţia analizării documentelor constatatoare şi a verificării îndeplinirii celor două condiţii plivind existenţa unor motive imputabile ofertantului şi a prejudiciului grav, arătând că "În opinia Consiliului, pe lângă faptul că Documentul constatator nr. [...] invocă generic [...], acesta este un act unilateral al autorităţii contractante şi nu poate constitui dovada neîndeplinirii sau a îndeplinirii defectuoase a contractului respectiv și, mai ales, din motive imputabile ofertantului in cauză".

Or, în cauză, o astfel de motivare lipseşte cu desăvârşire, autoritatea contractantă limitându-se la a indica dispoziţii legale, fără însă a verifica şi explica de ce apreciază că sunt îndeplinite condiţiile de excludere ale contestatoarei.

În conținuare invocă prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) și art. 171 alin. (2) din Legea nr. 98/2016,

De asemenea, se observă că din ansamblul normei legale mai sus citate, sancţiunea intervine dacă ofertantul nu îşi demonstrează credibilitatea şi nu în cazul în care a avut vreo divergenţă contractuală, chestiune/deficienţă inerentă în cadrul unor proiecte complexe (Decizia Civilă nr. 4407/25 09.2015, Curtea de Apel .....).

Or, în cauză, cu toate că a prezentat explicaţii şi dovezi de natură a demonstra credibilitatea noastră, autoritatea contractantă nu le-a avut în vedere și nu a explicat considerentele pentru care a apreciat că dovezile

prezentate de contestatoare nu sunt de natură a face dovada fiabilităţii sale.

În concret, nu orice nerespectare a unui contract cauzează celeilalte părţi prejudicii grave, cum similar, plata cu întârziere nu este de natură a aduce grave prejudicii furnizorului (aspect des întâlnit, chiar şi în relaţia contestatoarei cu intimata autoritate contractantă), ci doar acele încălcări rezultate dintr-un *"comportament al operatorului economic în cauză care denotă o intenţie culpabilă sau o neglijenţă de o anumită gravitate din partea sa"* (decizia CEJ în cauza C-465/11, pct 30).

Sunt amintite cauza C465/11 Forposta SA ABC Direct Contact sp. z o.o vs Poczta Polska S A și Decizia civilă nr. 2068 din 17 martie 2014 a Curții de Apel ..... - Secţia a Vlll-a contencios administrativ și fiscal.

Cu privire la evidenţierea unor penalități, contestatoarea citează din Decizia Civilă nr.4407/25 09.2015 a Curții de Apel .....

Mai mult, contestatoarea apreciază că sunt expresia priorităţii principiului proproţionalităţii, care *"impune ca actele instituţiilor să nu depăşească limitele a ceea ce este adecvat şi necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înţelegându-se că, în cazul în care, este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puţin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporţionate în raport cu scopurile urmărite"* (Hotărârea Curţii din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C-157/96, pct. 60), sens în care, drepturile autorităţilor contractante nu trebuie privite precum o cauză de eliminare a unor competitori, scopul urmărit fiind acela de a asigura o competiţie cu prime și irefragabile consecinţe, în speţa pendinte: cea mai bună ofertă conform criteriului de atribuire.

Având în vedere toate cele expuse, contestatoarea consideră că nu se încadrează în situația descrisă de art. 180 alin. (1) lit. c) sau lit. g) din Legea nr. 99/2016, întrucât nu sunt îndeplinite condiţiile cumulative prevăzute de legiuitor în cadrul acestui articol și, în consecinţă nu avea nicio obligaţie de a completa secţiunea în discuţie din D.U.A E. prin inserarea menţiunii DA în cadrul acestuia, în condiţiile în care nu orice neîndeplinire a unor clauze contractuale poate să genereze aplicarea dispoziţiilor art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, după cum nu orice document constatator trebuie să conducă, tale quale, la respingerea ofertantului, legiuitorul impunând comisiei de evaluare verificarea îndeplinirii condiţiilor cumulative prevăzute la articolul respectiv.

Referitor la cel de-al doilea motiv de respingere vizând prezentarea unor informații false, în condiţiile în care deși s-a ajuns la concluzia că documentul constatator referitor la subcontractantul propus - SC ...SRL reprezintă mai degrabă un accident cauzat de excesul de zel al emitentului și în niciun caz o abatere gravă, comisia de evaluare continuă să susțină că și în acest caz ar fi incidente dispoziţiile art. 180 alin. (1) lit. h) din lege.

Or, dacă însăși comisia de evaluare a ajuns la concluzia că nu se poate susține că subcontractantul în cauză s-ar încadra la art. 180 alin. (1) lit. g) din lege, în mod logic, nu se poate afirma nici că acesta ar fi avut obligația de a completa în DUAE informaţii referitoare la o presupusă abatere profesională gravă, odată ce o astfel de supoziție nu se verifică în realitate.

Simpla parcurgere a documentului DUAE relevă împrejurarea că entității participante la procedura de atribuire îi revine obligaţia de a indica doar cazurile care se subscriu noţiunii de *„abatere profesională gravă"* și nu orice incident de natură contractuală, simpla existență a unui document constatator neconducând în mod automat la incidența dispozițiilor art. 180 alin. (1) lit. g) din lege.

Prin contestația înregistrată la CNSC sub nr. ...../....., ... SA, în numele ASOCIERII ..... SA, atacă răspunsul la plângerea prealabilă, transmis cu adresa nr. 2716/06.06....., emisă de ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii mai sus amintite, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Contestatoarea precizează că, în urma verificării DUAE, autoritatea contractantă a transmis solicitarea de clarificare nr. 1871/13.04....., prin care a solicitat informaţii inclusiv cu privire la anularea/suspendarea efectelor Certificatului Constatator nr. 9313/28.03.2016 emis de ....

Prin adresa nr. 7205/26.04....., contestatoarea a răspuns solicitării, arătând că nu se încadrează în prevederile art. 180 alin. (1) lit .g din Legea nr. 99/2016, în ciuda Documentului constatator şi că, până şi dacă am presupune prin absurd că s-ar fi încadrat, oricum este îndreptătită să participe la procedura de atribuire în temeiul art. 184 alin. (1) - (3) din Legea nr. 99/2016.

În ciuda acestor clarificări, prin comunicarea rezultatului evaluării, autoritatea contractantă a informat-o că oferta sa a fost declarată inacceptabilă, fiind exclusă din procedura de atribuire în temeiul art. 180 lit. g) din Legea nr. 99/2016 coroborat cu art. 182 din Legea nr. 99/2016 şi art. 143 alin. (2) HG nr. 394/02.06.2016.

La plângerea prealabilă, autoritatea contractantă a răspuns prin adresa nr. 2716/06.06....., comunicându-i că respinge Notificarea prealabilă, menținându-şi punctul de vedere exprimat prin comunicarea rezultatului evaluării.

Contestatoarea, în calitate de participant ofertant la arocedura de atribuire, justifică interesul în participarea la procedură și în atribuirea contractului de achiziţie publică. Vătămarea este evidentă, de vreme ce a fost exclusă, pierzând astfel şansa de a participa la această procedură, apreciind că autoritatea contractantă a aplicat în mod greşit Legea nr. 99/ 2016, încălcând principiul neretroactivităţii civile.

În opinia sa, emiterea unui certificat constatator în temeiul OUG nr. 34/2006 şi HG nr. 925/2006 nu poate avea alte efecte decât cele prevăzute în actele normative mai sus citate, inclusiv în ceea ce priveşte întinderea acestor efecte, cât şi modul de interpretarea a acestor certificate în licitaţiile viitoare (cauzele apreciate ca fiind abateri

contractuale). În acest sens statuează și dispoziţiile art. 236 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 (identic cu art. 253, alin. (4) din Legea nr. 99/2016).

În speţă, Documentul constatator emis de ... datează din 28.03.2016, fiind aşadar emis în temeiul şi sub imperiul OUG nr. 34/2006 și HG nr. 925/2006. Drept urmare, efectele acestui Document constatator cu privire la posibilitatea contestatoarei de a participa la licitaţii trebuie apreciate prin raportate la OUG nr. 34/2006 şi HG nr. 925/2006 şi nu la Legea nr. 99/2016, aşa cum a procedat autoritatea contractantă.

Contestatoarea consideră că nu ne încadrează în condiţiile prevăzute de OUG nr. 34/2006 pentru excluderea de la licitație.

Dincolo de împrejurarea că nu se află în prezenţa unei neexecutări culpabile a contractului, contestatoarea învederează faptul că nici măcar nu există un aşa-zis prejudiciu al ....

Astfel, în cuprinsul Minutei nr. 14513/10.05.2016 nu se face vreo referire la un presupus prejudiciu suferit de către ... sau cu privire la obligaţia contestatoareii de a o dezdăuna pe aceasta.

Singura menţiune cu privire la o serie de aranjamente financiare viitoare regăsim în cuprinsul clauzei 2 lit. b) din Minută, care se referă la plăţile finale și eventualele costuri suplimentare pe care ... va trebui să le achite către .. și nu invers.

Or, din maniera în care este redactată această Minută, este de natura evidenţei faptul că ... a recunoscut, implicit, că nu a suferit niciun prejudiciu și că, din contră, aceasta are obligaţia de a achita lucrările realizate de ... conform Contractului până în acel moment, precum şi eventuale lucrări suplimentare.

Nu în ultimul rând, deşi se face vorbire despre presupusa existenţă a unei daune suferite de către ... în cuprinsul Documentului constatator, această menţiune (care nici măcar nu detaliază în ce constă prejudiciul sau care este valoarea sa) este lipsită de orice valoare juridică în absenta unei cereri de reparare a prejudiciilor cauzate formulate de ....

Or, deși a trecut mai bine de un an de la rezilierea contractului şi emiterea Certificatului constatator, ... nu a formulat nicio acţiune împotriva contestatoarei prin care să solicite acoperirea vreunor pagube.

În subsidiar, chiar dacă ar accepta prin absurd că ... ar fi produs vreun prejudiciu ..., aceasta învederează faptul că, paguba adusă autorităţii contractante nu ar fi una gravă, astfel cum impune textul legal.

În acest sens, deşi se face vorbire despre presupusa existență a unei daune suferite de către ... în cuprinsul Documentului constatator, aceasta nu este cuantificată, nu cuprinde elemente care să permită cuantificarea sa și nici nu conţine vreo menţiune în sensul că ar fi vorba de un prejudiciu grav.

Pe de altă parte, în ceea ce priveşte noţiunea de „prejudiciu grav", nu există nicio consacrare legală expresă a sa, prin care să se stabilească elementele ce trebuie avute în vedere pentru a stabili dacă un prejudiciu este, într-adevăr, grav sau nu.

Astfel, în cuprinsul Legii nr. 554/2004 privind contenciosul administrativ se face vorbire despre noţiunea de „pagubă iminentă" care se referă la perturbarea gravă a funcţionării unei autorităţi sau serviciu public. Din aceasta perspectivă, este dincolo de orice îndoială faptul că orice aşa-zis prejudiciu cauzat de către contestatoare nu este de natură a conduce la disfunctionalităţi serioase în desfăşurarea activității ....

De asemenea, în Noul Cod Penal, regăsim definită la art. 183 noţiunea de „consecinţe deosebit de grave" care se referă la producerea unei pagube materiale mai mari de 2.000.000 lei. Or, în cazul de faţă nu se poate vorbi de un prejudiciu atât de însemnat adus ..., de vreme ce lucrarea era aproape de finalizare la momentul rezilierii.

În concret, nu orice nerespectare a unui contract cauzează celeilalte părţi prejudicii grave, cum similar, plata cu întârziere nu este de natură a aduce grave prejudicii furnizorului, ci doar acele încălcări rezultate dmtr-un *"comportament al operatorului economic în cauza care denotă o intenţie culpabilă sau o neglijenţă de o anumita gravitate din partea sa"* (Decizia CEJ în cauza C-465/11, pct 30)

În sensul celor de mai sus s-a pronuntat și Curtea de Apel ..... - Secţia a Vlll-a contencios administrativ și fiscal prin Decizia civilă nr. 2068 din 17 martie 2014.

Aşadar, autoritatea contractantă a actionat în mod nelegal atunci când a înţeles să respingă oferta depusă de către ..., cât timp nu s-a făcut dovada producerii, în trecut, a unui prejudiciu grav, aceasta neavând nici dreptul, nici posibilitatea de a emite o asemenea ipoteză în aceste circumstanţe.

Contestatoarea precizează că nu se încadrează în situaţia de la art. 180 alin. 1 lit g) din Legea nr. 99/2016.

O primă premisă greşită de la care porneşte Autoritatea în decizia de excludere a ofertei sale este aceea că simpla existenţă a Documentului constatator atrage încadrarea contestatoarei în situaţia prevăzută de art. 180 lit. g) din Legea nr. 99/2016.

După cum se poate observa la o simplă lectură a Certificatului constatator, contestatoarea subliniază că nu se află nici în ipoteza unor încălcări repetate din moment ce nici măcar ... nu reclamă existența unor încălcări repetate. De asemenea, nu se încadrează în niciunul din cazurile prevăzute de lege ca reprezentând încălcări grave ale obligaţiilor contractuale.

În esenţă, contestatoarea apreciază că ceea ce trebuie urmărit este dacă încălcările atât de grave încât afectează însăși credibilitatea operatorului economic, ceea ce nu e cazul în speţă.

Standardul în funcţie de care se apreciază dacă o obligaţie încălcată este una gravă este confirmat la nivel European. Astfel, atât art. 45 din Directiva 18/2004/CE, cât şi practica instanţelor naţionale și a Curții de Justiţie a Uniunii Europene sunt unanime în a aprecia faptul că poate fi exclus de la licitaţie un operator economic „care s-a făcut vinovat de o

abatere profesională, dovedită prin orice mijloace pe care autorităţile contractante le pot justifica".

Astfel, contestatoarea exemplifică prin cauza C-465/11 Forposta SA, ABC Direct Contact sp. Z.o.o. vs. Poczta Polska S.A.

După cum se poate observa din răspunsul la Notificarea prealabilă, Compania de Apă ..... consideră de fapt că simpla existenţă a Documentului constatator reprezintă dovada încălcării grave/repetate a obligaţiilor contestatoarei. Or, mergând pe raţionamentul autorităţii contractante, se ajunge la concluzia că orice document constatator conduce la excluderea automată de la o procedură de atribuire. Această concluzie nu poate fi însă acceptată.

Autoritatea contractantă are obligaţia de a analiza dacă obligaţiile pretins încălcate prin Documentul constatator sunt unele grave, potrivit criteriilor mai sus menţionate.

Certificatul constatator nu poate fi analizat decât în strânsă legătură cu Declaraţia de Reziliere nr. 2488/28.01.2016, întrucât aceasta este însuși fundamentul Documentului constatator emis ca o consecinţă directă a acestei declaraţii.

Autoritatea Contractantă nu a analizat însă dacă obligaţiile pretins încălcate sunt unele primare, aşa cum ar fi fost necesar pentru a observa dacă sunt îndeplinite sau nu condiţiile prevăzute de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016.

Rezilierea contractului contestatoareii a fost una discreţionară, neexistând niciun prejudiciu pe care ... să-l fi imputat.

Contestatoarea precizează că a efectuat toate demersurile legale în vederea anulării Declaraţiei de reziliere şi a Documentului constatator, precum şi în vederea obligării ... la plata despăgubirilor cauzate de aceasta Declaraţie de reziliere.

Acţiunea formulată în acest sens formează obiectul dosarului nr 591/103/2016 de pe rolul Tribunalului Neamţ - acest dosar se află în curs de soluţionare, următorul termen fiind stabilit pentru data de 20.09.....

De asemenea, a efectuat demersuri şi pentru suspendarea efectelor Certificatului constatator până la soluţionarea definitivă a acţiunii având ca obiect anularea Certificatului constatator Cererea de suspendare a efectelor Certificatului Constatator nu a fost soluţionată definitiv, ci este în curs de soluţionare de către instanţă.

Nu în ultimul rând, desi se face vorbire despre presupusa existenţă a unei daune suferite de către ... în cuprinsul Documentului constatator, această menţiune (care nici măcar nu detaliază în ce constă prejudiciul sau care este valoarea sa) este lipsită de orice valoare juridică în absenţa unei cereri de reparare a prejudiciilor cauzate formulate de ....

Desi a trecut mai bine de un an de la rezilierea contractului şi emiterea Certificatului constatator, ... nu a formulat nicio acţiune împotriva contestatoarei prin care să solicite acoperirea vreunor pagube, invocând și Decizia nr. 1115/C2/1222 din 16 05..... a CNSC.

În opinia sa, Certificatul constatator nu poate face dovada deplină a neîndeplmirn obligaţiilor contractuale de către contestatoare, cu

consecinţa excluderii acesteia de la procedura de atribuire (mai ales în condiţiile în care acest certificat este doar unul primar și nu final, iar așa cum a arătat, există numeroase indicii care arată că autoritatea a săvârşit un exces de putere emiţând Certificatul constatator). Aceasta cu atât mai mult cu cât, în cazul contestării în instanţă a Certificatului constatator (așa cum se întâmplă în speţă), asupra legalităţii acestuia și a declaraţiei de reziliere nu se poate pronunţa decât o instanţă judecătorească, printr-o hotărâre definitive. În acest sens, invocă art. 161 alin. (5) din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru din Legea nr. 99/2016, pe care le citează.

Argumentul autorității contractante în sensul că este obligată să țină cont de Documentul constatator, act administrativ care produce efecte de la momentul emiterii sale nu este relevant. Contestatoarea nu a solicitat autorităţii aontractante să ignore Documentul constatator, ci doar să constate că acest Document constatator nu este de natură să atragă excluderea sa de la licitatie. A ţine cont de existența unui document constatator nu echivalează cu a exclude ofertantul de la licitație, aşa cum susţine autoritatea contractantă. În măsura în care argumentarea autorității ar fi corectă, ar însemna că prevederile art. 161 alin. (8) din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/acordului- cadru din Legea nr. 99/2016 nu s-ar mai aplica niciodată. Or, legea trebuie interpretată în sensul în care produce efecte şi nu invers. Autoritatea contractantă trebuie să analizeze în ce măsură menţiunile din Documentul constatator reflectă încălcarea unei obligaţii grave, a unei obligaţii primare, producerea unui prejudiciu, adică îndeplinirea condiţiilor prevăzute de art. 180 alin. (1) lit. g din Legea nr. 99/2016, mai ales în condiţiile în care Documentul constatator nu precizează dacă obligaţiile pretins încălcate sunt grave şi primare sau nu.

În egală măsură, Certificatul constatator nu putea face dovada neîndeplinirii obligaţiilor contractuale cu consecinţa excluderii de la participarea la o procedură de atribuire nici în temeiul HG nr. 925/2006, legea sub imperiul căreia a fost emis acest Certificat constatator.

De altfel, așa cum se poate observa din ansamblul reglementării privind cazurile de excludere de la licitaţie, pentru ca un operator economic să poată fi exclus de la licitaţie este necesară prezentarea unor dovezi de netăgăduit. Iar în cazul din speţă, o astfel de dovadă clară nu poate fi reprezentată decât de decizia definitivă a unei instanţe judecătoreşti.

Contestatoarea subliniază că practica Consiliului National pentru Soluţionarea Contestaţiilor şi a instanţelor judecătoreşti, inclusiv a Curţii de Justiţie a Uniunii Europene confirmă că simpla existenţă a unui Document constatator nu poate atrage excluderea unui ofertant din cadrul procedurii de atribuire.

După cum s-a retinut în mod constant în practica Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestatiilor şi a instantelor judecătoreşti:

Existenţa unui Document constatator nu este suficientă pentru a atrage excluderea de la procedura de atribuire:

"Simpla existenţă a documentelor constatatoare nu poate conduce la excluderea ofertantului, câtă vreme trebuie verificată de către autoritate îndeplinirea anumitor condiţii prevăzute expres de textele legale citate (n.n. art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, având un conţinut identic cu art .180 alin. (1) lit. g) din Legea nr, 99/2016)"

Nicio decizie legală privind excluderea unui ofertant la o procedură nu se poate întemeia pe documente a căror validitate se află încă pe rolul instanţelor de judecată.

Mai mult decât atât, răspunzând unei întrebări preliminare, contestatoarea citează din Hotărârea din 13.12.2012, în Cauza C-465/11 (Forposta) a Curții de Justiţie a Uniunii Europene.

Pentru toate aceste motive, contestatoarea apreciază că nu se încadrează în cazul de excludere prevăzut de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016.

Contestatoarea consider că este îndreptățită să participe la prezenta procedură de atribuire în temeiul art. 184 alin. (1) - (3) din Legea nr. 99/2016.

O a doua premisă greşită avută în vedere de autoritatea contractantă în decizia de excludere a ofertei contestatoarei este aceea că în situaţia prevăzută de art. 180 lit. g) din Legea nr. 99/2016, aceasta nu poate participa la procedura de atribuire decât dacă face dovada îndeplinirii art. 184 alin. (5) din Legea nr. 99/2016.

Or, o persoană aflată în situatia prevăzută de art. 180 lit. g) din Legea nr. 99/2016 poate participa la procedura de atribuire fie dacă sunt îndeplinite condiţiile art. 184 alin. (1) - (3) din Legea nr. 99/2016, fie dacă sunt îndeplinite condiţiile art. 184 alin. (5) din Legea nr. 99/2006.

Aplicarea trunchiată şi selectivă a dispoziţiilor legale aşa cum a procedat autoritatea contractantă, respectiv aplicarea art 184 alin. (5) din Legea nr. 99/2006, cu ignorarea completă a art. 184 alin. (1) - (3) din Legea nr. 99/2016 nu este permisă.

Având în vedere că contestatoarea nu se află în cazul de excludere automată de la procedura de licitaţie prevăzut de art. 184 alin. (4) din Legea nr. 99/2016 (contestatoarei nu i-a fost aplicată printr- o hotărâre definitivă a instanţei măsura interdicţiei de a participa la proceduri de atribuire), participarea contestatoarei la licitaţie este permisă fie în condiţiile art. 184 alin. (1) - (3) din Legea nr .99/2016, fie în condiţiile art. 184 alin. (5) din Legea nr. 99/2006.

Ţinând cont că, contestatoarea apreciază că îndeplinește condiţiile art. 184 alin (1) - (3) din Legea nr. 99/2016, aceasta consider că este îndreptățită să participe la procedura de atribuire, decizia de excludere fiind una nelegală.

Normele indicate permit participarea la procedura de atribuire în măsura în care operatorul economic poate furniza dovezi din care să reiasă măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a demonstra credibilitatea sa prin raportare la motivele de excludere.

Or, contestatoarea a furnizat patru categorii de astfel de dovezi, detaliate mai jos, ignorate însă cu desăvârsire de autoritatea contractantă, care nu aminteşte niciun moment de aceste dovezi sau motivele pentru care nu le-a considerat suficiente pentru a demonstra credibilitatea contestatoarei.

- Contestatoarea a acoperit orice eventual prejudiciu

Potrivit art. 184 alin. (3) din Legea nr. 99/2016 un operator economic aflat în situaţiile de excludere de la procedurile de atribuire poate participa la licitaţie dacă furnizează dovezi cu privire la efectuarea plăţii sau asumarea obligaţiei de plată a despăgubirilor în ceea ce priveşte eventualele prejudicii cauzate.

... a executat Scrisoarea de Garanţie Bancară pentru bună execuţie nr. 34GBE2011-627/IG pusă la dispoziţie de contestatoare, suma de 1.416.197,70 RON fiind virată în contul .... Contestatoarea nu a fost de acord cu această executare a scrisorii de garanţie bancară, aspect confirmat de faptul că a contestat în instanţă în cadrul dosarului 591/103/2016 această executare ca fiind abuzivă, solicitând restituirea sumelor de bani. Cu toate acestea, potrivit prevederilor contractuale, ... putea executa această scrisoare de garanţie bancară fără acordul său.

Or, este posibil atât să se considere executarea scrisorii de garanţie bancară drept abuzivă (motiv pentru care a solicitat constatarea nelegalitătn acestei executări), cât şi să beneficieze de prevederile art. 184 alin. (3) din Legea nr. 99/2016 care permit participarea la procedura de atribuire în măsura în care potenţialul prejudiciu a fost acoperit. Independent de opinia contestatoarei în sensul că executarea scrisorii de garanţie bancară a fost una abuzivă, realitatea faptului că pretinsul prejudiciu a fost deja acoperit tocmai prin executarea acestei scrisori de garanţie nu poate fi ignorată.

Astfel, până la momentul la care instanţa va decide dacă executarea scrisorii de garanţie bancară a fost abuzivă sau nu, pretinsul potenţial prejudiciu a fost acoperit, iar contestatoarea poate beneficia de prevederile art. 184 alin. (3) din Legea nr. 99/2016. În măsura în care instanţa va decide că executarea nu a fost una abuzivă, prejudiciul va fi fost deja acoperit, astfel că nu există niciun motiv pentru ca, contestatoarea să nu se încadreze în prevederile art. 184 alin. (3) din Legea nr. 99/2016.

Contestatoarea subliniază că a efectuat toate demersurile legale în vederea suspendării efectelor Certificatului constatator, precum şi a constatării nelegalității Declaraţiei de reziliere și a Certificatului constatator, demersuri aflate în curs de soluţionare.

Faptul că aceste demersuri sunt încă în curs de soluţionare excede ariei de control a contestatoarei şi deci nu îi poate fi imputabil.

Astfel, contestatoarea a solicitat instanţei să constatate nelegalitatea Declaraţiei de reziliere nr. 2488/28.01.2016 şi să oblige ... la plata despăgubirilor cauzate de această Declaraţie de reziliere.

De asemenea, a solicitat instanţei să anuleze Documentul constatator nr. 9313/28.03.2016, emis de ... şi să dispună suspendarea efectelor acestuia până la soluţionarea definitivă a litigiului.

Contestatoarea subliniază că a îndeplinit în mod exemplar numeroase contracte.

Credibilitatea sa este pe deplin dovedită prin faptul că încă din anul 2008, a derulat numeroase contracte cu autorități şi companii judeţene în condiţii foarte bune, asa cum reiese şi din Certificatele constatatoare finale (și nu primare, cum este cel emis de ...) depuse cu titlu exemplificative.

Contestatoarea susține că a prezentat dovezi care să clarifice caracterul artificial, abuziv şi discreţionar al Documentului constatator emis de ....

Astfel, Declaraţia de reziliere şi, ca o consecinţă directă, Documentul constatator au fost emise în condiţiile de mai jos, care dovedesc caracterul lor abuziv şi discreţionar. Autoritatea contractantă a ignorat însă toate aceste dovezi, fără nicio motivare.

Documentul constatator contrazice comportamentul anterior al ... cu privire la aceleaşi evenimente.

Prin Declaraţia de reziliere şi Documentul constatator, ... pretinde că, contestatoarea nu și-ar fi îndeplinit în mod corespunzător obligaţiile în urmă cu 1 an și jumătate - 2 ani, deşi chiar ... a validat modalitatea de îndeplinire a acestor obligaţii prin aprobarea fără obiecţiuni a rapoartelor de activitate ale contestatoarei.

Mai mult, nu poate fi conceput ca rezilierea unui contract să aibă la bază cauze apărute cu aproape 2 ani în urmă, faţă de care autoritatea contractantă nu a exprimat anterior nicio nemulţumire. Pe parcursul celor aproximativ 4 ani de executare a contractului de supervizare, contestatoarei nu i-a fost niciodată imputată culpa, pârâta neînţelegând să exprime vreo nemulţumire cu privire la activitatea sa ori să uzeze de drepturile derivate din contract, specifice unei asemenea situaţii, deşi, potrivit art. 24 din Condiţiile generale, avea la dispoziţie posibilitatea de a respinge rapoartele de activitate prezentate de contestatoare.

Din contră, pe întreaga perioadă de 4 ani de executare a contractului, ... a aprobat rapoartele de activitate fără obiectium şi a efectuat plăţile, ceea ce reprezintă o confirmare a îndeplinirii corespunzătoare a obligaţiilor contractuale de către contestatoare.

In acest context, brusca invocare a motivelor indicate în Declaraţia de reziliere şi Documentul constatator apare aşadar ca arbitrară şi abuzivă.

Contestatoarea afirmă că Documentului constatator îi lipsesc elemente esenţiale cu privire la expunerea presupuselor nerespectări sau

a datei când au fost săvârşite, acesta conţinând doar referiri generate la pretinse încălcări.

Un al doilea motiv care vine să întărească aparenta de nelegalitate a Documentului constatator este acela că pretinsele încălcări ale obligaţiilor contractuale invocate de ... sunt formulate cu titlu generic, prin referire la „abaterile de la calitatea serviciilor", „termenele nerespectate", „întocmirea cu întârziere a documentelor necesare derulării contractului" sau a „prejudiciilor aduse autorităţii contractante".

Documentul constatator nu indică nicio încălcare concretă din partea contestatoarei, individualizată prin descrierea detaliată a încălcării, data sau perioada încălcării, împrejurările în care a avut loc încălcarea etc. După cum se poate observa cu uşurinţă, printr-o simplă lecturare a Documentului constatator, acesta nu cuprinde nici măcar o referire sumară la aspectele menţionate anterior.

Or, acestea sunt elemente esenţiale atât pentru stabilirea pretinselor încălcări ale obligațiilor contractuale, cât și pentru posibilitatea contestatoarei de a formula apărări cu privire la acuzaţiile aduse în absenţa acestor elemente esenţiale, nu poate avea loc o analiză în urma căreia să se stabilească dacă, contestatoarea a încălcat sau nu obligaţiile contractuale.

Ca atare, în absenţa acestor elemente esenţiale, Documentul constatator nu poate avea nici măcar o aparenţă de legalitate.

În plus, împrejurarea că Documentul constatator nu face nicio menţiune concretă cu privire la o potenţiala încălcare a obligaţiilor contractuale constituie o dovadă suplimentară în sensul lipsei oricărui fundament a Documentului constatator şi a caracterului său artificial şi discreţionar

Referirile generice la pretinse abateri invocate în Documentul constatator nici măcar nu corespund motivelor invocate în Declaraţia de reziliere. Documentul constatator nu poate să fie emis decât ca o consecinţă directă a Declaraţiei de reziliere, mai ales în absența obiectivă a oricăror altor critici sau nemulţumiri anterioare emiterii Declaraţiei de reziliere.

Cu alte cuvinte, Documentul constatator nu ar putea cuprinde alte motive decât cele care au stat la baza Declaraţiei de reziliere însă după cum se poate observa prin simpla parcurge a Declaraţiei de reziliere, respectiv a Documentului constatator, între cele două documente nu există corespondentă cu privire la pretinsele încălcări ale obligaţiilor contractuale invocate.

Contestatoarea precizează că Documentul constatator a fost emis cu nerespectarea termenului imperativ de 14 zile prevăzut de dispoziţiile art. 971 din HG nr. 925/2006.

Cu toate că Declaraţia de reziliere i-a fost transmisă în data de 28.01.2016, autoritatea contractantă a lăsat să treacă mai bine de 2 luni până la emiterea propriu-zisă a Documentului constatator, respectiv în data de 28.03.2016.

Drept urmare, reiese că există o neregularitate cu privire la Documentul constatator constând în emiterea acestuia cu depăşirea termenului de 14 zile definit de legiuitor. Depăşirea termenului reprezintă o neregularitate de natură a crea o îndoială serioasă asupra legalităţii Documentului constatator. Ignorarea acestei neregularităţi echivalează cu o lipsire de orice eficienţă a cerinţei legale de emitere a Documentului constatator în termen de 14 zile.

Scopul avut în vedere de legiuitor atunci când a impus termenul de 14 zile pentru emiterea Documentului constatator este strâns legat de modul în care se desfăşoară raporturile contractuale în materia achiziţiilor publice. Astfel, celeritatea, transparenţa şi previzibilitatea sunt esenţiale în materia achiziţiilor publice, emiterea Documentului constatator în termenul fixat de legiuitor fund necesară nu doar pentru protejarea interesului public, ci şi pentru protejarea interesului antreprenorului care să îşi poată planifica în continuare modul de desfăşurare a activităţii, participarea la viitoare licitaţii şi așa mai departe în funcţie de Documentul constatator şi efectele sale. Or, acest scop nu poate fi ignorat

Prin urmare, dat fiind că Documentul constatator a fost emis cu nerespectarea vădită a termenului peremptoriu de 14 zile definit de legiuitor, acesta nu poate prezenta o aparenţă de legalitate.

Contestatoarea susține că ... a recunoscut implicit nelegalitatea Certificatului constatator.

Conform Minutei nr. 14513/10.05.2016, încheiată în urma şedinţei dintre contestatoare şi ..., aceasta s-a angajat, printre altele, să retragă Documentul constatator în termen de 45 zile.

Or, intenţia exprimată de ... în minuta nr. 14513/10.05.2016 (chiar nematerializată prin încheierea unui Acord de soluţionare a disputelor) de a retrage acest document reprezintă o recunoaştere a ... a faptului că contestatoarea nu a săvârşit încălcări grave/flagrante ale obligaţiilor contractuale. Aceasta întrucât, în măsura în care obligaţiile contractuale a căror pretinsă încălcare a fost invocată prin Documentul constatator ar fi fost într-adevăr grave, orice negociere pentru soluţionarea amiabilă a litigiului ar fi fost exclusă, iar intenţia de retragere a acestui document din partea ... nu ar fi putut exista din moment ce autoritatea contractantă nu ar fi avut niciun temei legal pentru a putea să efectueze un astfel de act de dispoziţie.

Această intentie este confirmată de răspunsul ... la plângerea prealabilă prin care contestatoarea a solicitat revocarea Documentului constatator. ... a precizat că plângerea prealabilă a rămas fără obiect, având în vedere intenţia de revocare a Documentului constatator exprimată prin Minuta nr. 14513/10.05.2016.

Contestatoarea precizează că, din analiza sumară a Declaraţiei de reziliere şi Certificatului constatator, rezultă că nu a existat o neexecutare culpabilă a obligaţiilor contractuale din partea sa.

În ceea ce priveşte critica ... referitoare la neemiterea Certificatului Interimar de Plată de către contestatoare, în condiţiile în care, prin adresa nr. 2332/27.01.2016, ... a fost informată că asocierea SC ... SRL şi SC ... SA au depus la data de 28.12.2015 Aplicaţia de plată nr. 13, acest fapt este în realitate imputabil chiar ....

Constructorul (asocierea SC ... SRL şi SC ... SA) și respectiv ... au transmis contestatoarei două versiuni diferite de contract, versiunea pusă la dispoziţie de ... şi pe care contestatoarea era obligată să se întemeieze prevăzând că sunt inaplicabile clauzele contractuale pe care asocierea SC ... SRL şi SC ... SA îşi întemeia cererea de plată.

Deşi contestatoarea a depus toate diligenţele şi a solicitat în mod repetat clarificări de la ... cu privire la versiunea de contract aplicabilă, ... nu a răspuns.

Prin urmare, este inacceptabil ca propria turpitudine a ... să fie invocată drept principal motiv al Declaraţiei de reziliere.

De altfel, Poliţia Municipiului Piatra Neamţ investighează existenţa celor două versiuni de contract sub aspectul săvârșirii infracţiunii de fals în înscrisuri sub semnătură privată de către ....

Deși în Notificarea de reziliere se face referire la faptul că îndeplinirea defectuoasă a sarcinilor contestatoarei ar fi contribuit la litigiul dintre autoritatea contractantă şi ASOCIEREA ..., prin care Antreprenorul solicita plata unei sume suplimentare faţă de valoarea lucrărilor certificate de ..., acest litigiu este nesoluționat la data prezentei (deci cu atât mai puţin la momentul emiterii Documentului constatator), astfel că ... nu poate invoca producerea niciunui prejudiciu de contestatoare.

De altfel, ... nici măcar nu a transmis o notificare prin care să emită revendicări privind o eventuală culpă la adresa Inginerului (...), solicitând exclusiv puncte de vedere privind pretenţiile Antreprenorului în cadrul acestui litigiu, iar punctul de vedere al ... a fost ca solicitările antreprenorului vizau plata unor lucrări nejustificate din punct de vedere calitativ și cantitativ, care nu respectaseră tehnologiile de execuţie.

Pe parcursul derulării contractului de supervizare nu au existat încălcări din partea contestatoarei în ceea ce priveşte obligaţiile contractuale care prevedeau chestiuni ce ţin de calitatea serviciilor şi utilizarea unui personal subcalificat, din contră, contestatoarea a utilizat personal supracalificat în condiţiile în care a mobilizat în şantier experţi seniori cu experienţă relevantă și net superioară inginerilor juniori solicitaţi şi chiar personal suplimentar, ... fiind înştiinţată asupra prezentei acestora în şantier și acceptând-o.

În ceea ce priveşte presupusa obligaţie de revizuire a Manualului de Supervizare prin raportare la Instrucţiunea nr. 12123/11.08.2015, emisă de Autoritatea de Management pentru POS Mediu, acestea nu puteau conduce la modificarea Manualului de Supervizare, contestatoarea aplicând deja prevederile respectivei instrucţiuni, acest aspect fiind

confirmat de faptul că ... însăși a aprobat Manualul de Supervizare fără obiecțiuni.

Toate aceste argumente demonstrează fără putinţă de tăgadă că contestatoarea îndeplinește condiţiile (inclusiv de credibilitate) pentru a participa la prezenta procedură de atribuire.

Contestatoarea arată că a îndeplinit contractul pentru ..., pentru a cărui pretinsă neîndeplinire corespunzătoare a fost emis Documentul constatator împreună cu ... SRL.

La rândul său, .. SRL a fost descalificată la o altă procedură de licitatie în baza aceluiaşi Document constatator.

Analizând legalitatea excluderii din licitaţie întemeiată pe existenţa Documentului constatator, prin Decizia nr. 1115/C2/1222 din 16.05....., CNSC a anulat decizia de excludere de la licitaţie, reţinând că:

Nu orice document constatator poate conduce, *tale quale,* la respingerea ofertantului, legiuitorul impunând comisiei de evaluare verificarea îndeplinirii condiţiilor cumulative prevăzute la art, 180 alin, (1) lit, g) din Legea nr, 99/2016.

Pentru aplicarea motivului de excludere prevăzut de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, este necesar să fie îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiţii: (i) încălcarea gravă sau repetată a obligaţiilor principale, (ii) încălcarea obligaţiilor principale să fi intervenit în derularea unuia din contractele enumerate de lege, (iii) încălcarea gravă sau repetată a obligaţiilor principale să fi condus la următoarele sancţiuni: încetarea anticipată a contractului, plata de daune-interese, alte sancţiuni comparabile.

în ceea ce priveşte Documentul constatator din speţă (acelaşi cu cel din prezenta situaţie), nu este îndeplinită niciuna din condiţiile prevăzute de lege pentru excluderea ofertantului de la licitaţie.

Pentru excluderea ofertantului, autoritatea contractantă ar fi trebuit să aibă certitudinea îndeplinirii condiţiilor cumulative anterior menționate, or o astfel de certitudine nu există din analizarea Documentului constatator (acelaşi cu cel din prezenta situaţie).

Autoritatea contractantă trebuia oricum să permită ofertantului să participe la licitaţie în temeiul art. 184 alin. (1)-(3) din Legea nr. 99/2016, având în vedere că şi-a demonstrat credibilitatea prin litigiile declanşate împotriva autorităţilor contractante, aflate în curs de soluţionare, în cadrul cărora susţine că vina pentru neprespectarea serviciilor aparţine autorităţilor contractante, întrucât autoritătile nu au răspuns solicitărilor de a-l sprijini în realizarea contractului, inclusiv prin întâlniri pentru a stabili împreună măsurile ce trebuie luate (este vorba exact despre litigiile de atacare a Documentului constatator din prezenta speţă).

Toate aceste considerente se impun și în prezenta situaţie, din moment ce acelaşi Document constatator a stat la baza descalificării contestatoarei. Mai mult, spre deosebire de contestatoarei, pe numele Louis Berger SRL fusese emis în afară de Documentul constatator din

prezenta speţă, încă un document constatator. Aşadar, se impune ca autoritatea contractantă să admită plângerea prealabilă.

Contentatoarea precizează că autoritatea contractantă nu a motivat decizia de a o exclude din procedura de atribuire.

În condiţiile în care, astfel cum a arătat, certificatele constatatoare pot constitui motiv de excludere doar în măsura în care autoritatea contractantă verifică şi constată îndeplinirea condiţiilor privind existența unor motive imputabile ofertantului şi a prejudiciului grav. Autoritatea contractantă era obligată să verifice şi să motiveze decizia de declarare a ofertei sale ca inacceptabilă.

Motivarea deciziei de respingere a ofertei trebuia fundamentată pe o evaluare temeinică a documentelor constatatoare avute în vedere, iar nu pe o analiză superficială, de natură a încălca principiul nediscriminărn şi principiul tratamentului egal al ofertanţilor Astfel, conform prevederilor dreptului european nu se acceptă excluderea automată a operatorului economic, ci doar după ce analiza efectuată în procesul de evaluare printr-o apreciere concretă şi individualizată relevă o culpă evidentă, o intenţie culpabilă sau o gravă neglijenţă, având consecinţe de o gravitate considerabilă.

Totodată, dispoziţiile art. 57 alin. (6) din Directiva nr. 24/2014, arată în mod explicit că dacă măsurile luate de operatorii economici pentru a demonstra fiabilitatea acestora sunt considerate insuficiente de autoritatea contractantă, *"operatorul economic primeşte o expunere a motivelor respectivei decizii".*

Or, în cauză, o astfel de motivare lipseste cu desăvârşire, autoritatea contractantă limitându-se la a arăta că există un Document constatator, fără însă a verifica şi explica de ce apreciază că sunt îndeplinite condiţiile de excludere ale contestatoarei, respectiv de ce dovezile de credibilitate aduse de contestatoare nu sunt suficiente

O altă critică este aceea că autoritatea contractantă nu a motivat cauzele pentru care a considerat că dovezile de credibilitate aduse de contestatoare nu sunt suficiente pentru a-i permite să participe la licitatie, aspect ce echivalează cu o excludere "de drept" din această procedură.

Aşadar, în condiţiile în care autoritatea contractantă beneficiază de o largă putere de apreciere în ceea ce priveşte incidenţa acestui caz de excludere, inexistența motivării conduce nu doar la încălcarea prevederilor legale menționate care impun justificarea deciziei, dar și a principiilor menționate la art. 2 din Legea nr. 98/2016, respectiv a principiilor transparentei, asumării răspunderii şi a principiului tratamentului egal al ofertanţilor.

Contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă nu a respectat principiul proporţionalităţii, care are prioritate și care: „impune ca actele instituţiilor să nu depăşească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înţelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să

se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate trebuie să fie disproportionate în raport cu scopurile urmărite" (Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C-157/96, pct. 60)."

În acest sens, drepturile autorităților contractante nu trebuie privite drept o cauză de eliminare a competitorilor, scopul urmărit fiind acela de a asigura o competiţie și de a nu înlătura ofertanţii care produc dovezi care atestă credibilitatea lor.

Astfel, spre deosebire de prevederile art. 184 alin. (4) din Legea nr. 99/2016 care impun autorităților contractante obligaţia de a descalifica toţi ofertanţii care au fost condamnaţi, în cazul dispoziţiilor art. 180 alin. (1) lit. g) coroborat cu art. 184 alin. (1) - (3) din Legea nr. 99/2016 există numai facultatea autorităţii de a dispune o asemenea măsură, existând o anumită marjă de apreciere.

Fiind vorba despre un drept al autorității, aceasta are aptitudinea a fi exercitat în mod abuziv, în măsura în care se încalcă principiul proporţionalităţii între condiţiile de participare impuse de autoritate și scopul urmărit de aceasta.

În cazul de față, este evident faptul că autoritatea contractantă nu a dat dovadă de bună-credinţă în momentul respingerii ofertei ..., aceasta exercitându-şi dreptul de o manieră abuzivă, în contextul în care nu a analizat îndeplinirea condiţiilor pentru excluderea contestatoarei de la licitație a ignorat cu desăvârşire numeroasele dovezi în sensul credibilităţii.

Prin adresa nr. 3020/....., înregistrată la CNSC cu nr. 25146/23.06....., ... SA a transmis punct de vedere referitor la contestația formulate de ASOCIEREA ...SRL – SC ... SRL – ... solicitând Consiliului respingerea acesteia ca nefondată.

Autoritatea contractantă arată că, în procesul de evaluare a documentelor de înscriere, calificare și DUAE depuse de către ofertanţi, comisia de evaluare a procedat la verificarea în SEAP, în cadrul secţiunii dedicate documentelor constatatoare, a existentei documentelor constatoare negative pentru toți ofertanţii participanţi la procedură, regăsind astfel două certificate constatatoare emise pentru membrii Asocierii ...SRL - SC ...SRL -... și subcontractanții acestora (...SRL, SC ... SRL, SC ... SRL și SC ...SRL), astfel:

- documentul constatator emis de SC ...SA, înregistrat sub nr. 11181/27.05.2016, referitor la neîndeplinirea de către contractantul SC ... SRL - SC ... SRL a obligaţiilor contractuale privind contractul CS2-Serviciile de supervizare a lucrărilor din cadrul proiectului "Extindere și modernizarea infrastructurii de apă și apă uzată în judeţul Arad"
- documentul constatator emis de Administraţia Naţională „APELE ROMÂNE", înregistrat sub nr. 23864/08.12.2015, referitor ia neîndeplinirea obligaţiilor contractuale de către operatorul economic SC ... SRL privind contractul nr. 87/01.09.2015 - „Servicii pentru efectuarea analizelor a 3 substanțe prioritare (mercur, hexaclorbenzen și hexaclorbutadeină) din probe de biotă (pește)"

Din analiza documentelor constatatoare, comisia de evaluare a constatat că asociatul SC ...SRL se află în situația excluderii din procedura de achiziţie întrucât și-a încălcat în mod grav obligaţiile ce îi reveneau în cadrul contractului încheiat cu SC ...SA, fapt ce a condus la rezilierea contractului și la emiterea Documentului constatator final nr. 11181/27.05.2016.

De asemenea, având în vedere cerinţele din Fișa de date a achiziţiei cât și prevederile art. 183 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 privind existența unei situații de excludere în legătură cu subcontractanții propuşi, comisia de evaluare a constatat ca subcontractantul SC ...SRL se află în situația excluderii din procedura de achiziţie întrucât și-a încălcat obligaţiile ce îi reveneau (neexecutarea obligaţiilor privind livrarea produselor sau serviciilor) în contractul încheiat cu Administraţia Naţională „APELE ROMÂNE", fapt ce a condus la emiterea Documentului constatator final nr. 23864/08.12.2015, referitor la nerespectarea termenelor contractuale.

Comisia de evaluare a constatat existența documentelor constatatoare anterior menționate prin consultarea site-ului www.e-licitatie.ro, și nu din documentele de calificare din ofert și a reținut faptul că asociatul SC ...SRL și subcontractantul SC ...SRL**,** în Partea a III-a din DUAE - Motive de excludere, C: Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale - încetare anticipată, daune-interese sau alte sancţiuni comparabile, au completat răspunsul cu "NU", în sensul în care, potrivit celor declarate de către ofertant " Operatorul economic NU s-a aflat într-o situație în care un contract de achiziţii 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 sancţiuni comparabile în legătură cu respectivul contract anterior"

Față de cele constatate, comisia de evaluare, prin adresa nr. 1871/13.04..... a solicitat clarificări ASOCIERII ...SRL - SC ...SRL- ..., referitor la DUAE depus in SEAP pentru asociatul SC ...SRL și subcontractantul SC ... SRL, la care aceasta a răspuns cu adresa nr. CNMCO 1427/27.04....., confirmând existența Documentului constatator nr. 11181/27.05.2016.

Contestatoarea a apreciat că acest document constatator negativ nu este de natură a conduce la descalificarea sa atât timp cât pe rolul instanțelor de judecată se dezbate legalitatea sau nelegalitatea documentului constatator, invocând totodată faptul că nu se încadrează în dispoziţiile art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016 privind neîndeplinirea cumulativă a condiţiilor prevăzute.

Totodată, contestatoarea a confirmat existența Documentului constatator nr 23864/08.12.2015, emis de Administraţia Naţională "APELE ROMÂNE", precizând că SC ... SRL a luat la cunoștință despre existența acestui document abia în urma clarificării solicitate de comisia de evaluare, în condiţiile în care beneficiarul contractului nu a întreprins niciun demers de comunicare a acestui înscris.

De asemenea, prin răspunsul său contestatoarea a ataşat o Scrisoare de recomandare emisă de Administraţia Naţională "APELE ROMÂNE" pentru contractul în cauză, din care reiese că acesta a fost dus la bun sfârșit cu professionalism.

Prin adresa nr. 2304/09.05....., comisia de evaluare a solicitat Companiei de Apă Arad SA să-i comunice dacă operatorul economic SC ...SRL şi-a încălcat în mod grav şi repetat obligaţiile contractuale, dacă rezilierea contractului s-a dispus din motive imputabile prestatorului, să precizeze cuantumul prejudiciului adus beneficiarului şi să precizeze dacă există sentințe judecătoreşti pronunțate de instanțele de judecată referitoare la documentul constatator/pretenţii.

Prin adresa nr. 9209/12.05....., ...SA:

- a confirmat existența Documentului constatator nr. 11181/ 27.05.2016. Acesta este contestat de prestator fiind constituit astfel dosarul nr. 952/108/..... înregistrat pe rolul Tribunalului Arad, dosar care în prezent este suspendat în temeiul dispoziţiilor art. 413 alin. (1) pct. 1 C.pr.civ până la soluţionarea definitivă a dosarelor nr. 5925/108/2016 și nr. 21/108/....., dosare care au ca obiect rezilierea contractului şi pretenţii;
- a precizat că prin notificarea comunicată prestatorului SC ... SRL i-a adus la cunoștință acestuia rezilierea contractului de servicii nr. 6/15.09.2011, ca urmare a neîndeplinirii în mod repetat a obligaţiilor contractuale, cuantificând un prejudiciu de aproximativ 5.000.000 lei și daune interese contractuale în cuantum de 1.682.310,16 lei.

Dată fiind existența Documentelor constatatoare pentru SC ...SRL și SC ... SRL, contestatoarea avea obligaţia să completeze cu „DA" Partea III C din DUAE.

În aceste condiţii, în virtutea aplicării unui tratament egal și făcând aplicarea art. 182 din Legea nr. 99/2016, comisia de evaluare a decis excluderea din procedura de achiziţie a ASOCIERII SC ...SRL- SC ...SRL - ....

Referitor la cele invocate de contestatoare, respectiv nelegalitatea respingerii ofertei sale, respectiv neîndeplinirea condiţiilor prevăzute de art. 180 alin. (1) lit. g și h) din Legea nr. 99/2016, autoritatea contractantă menţionează următoarele:

Analizand documentul constatator nr 11181/27.05.2016 emis de ...SA, comisia de evaluare a apreciat că acesta a fost emis ca urmare a faptului că SC ...SRL nu s-a achitat de obligaţiile contractuale ce-i reveneau, sens în care s-au reținut următoarele:

a) abateri de la calitatea produselor contractului ulterior încheierii actului adiţional, prestatorul a întrerupt nejustificat activitatea de supervizare, nu a îndeplinit obligaţia de a asigura personalul necesar în conformitate cu prevederile contractuale și cu nevoile proiectului, a operat schimbări de personal fără a avea acordul scris prealabil al autorității contractante, a menținut un ritm redus de activitate;

b) termenele contractuale de prestare a serviciilor nu au fost respectate

[...] Contractantul nu a respectat instrucţiunile autorității publice care gestioneaza fondurile europene de reducere a timpului maxim de procesare a certificatelor de plată interimare și efectuarea plăţilor din

cadrul contractelor de lucrări, nu și-a îndeplinit obligaţia de a efectua determinările în conformitate cu prevedenle contractuale

[...]

b.f) rezilierea contractului: Da, prin Notificarea de reziliere nr. 9924/12.05.2016 [ ] din culpa exclusivă a Contractantului, [...] Contractantul nu a executat în mod substanțial Serviciile și Obligaţiile sale conform cu Contractul de Servicii [...], nu s-a conformat solicitărilor de remediere a executării necorespunzatoare și a neexecutarilor obligaţiilor contractuale, împrejurări care au afectat în mod grav executarea corespunzătoare și la timp a Serviciilor [...]

b.g) au fost aduse prejudicii autorității contractante pe perioada derulării contractului: Da, prin nefinalizarea obligaţiilor contractuale [...]"

Din conţinutul documentului constatator, rezultă atât motivele rezilierii contractului cât şi faptul că neîndeplinirea obligaţiilor contractuale a atras un prejudiciu pentru autoritatea contractantă în cauză, ...SA, exprimându-şi astfel, prin documentul constatator negativ în discuţie, punctul de vedere cu privire la modul in care s-au derulat relaţiile contractuale dintre parţi.

Aşa cum rezultă din documentele comunicate, contestatoarea a înţeles să formuleze plângerea prealabilă prevăzută de Legea nr. 554/2004 abia la data de 10.02..... (în condiţiile în care documentul constatator a fost comunicat contestatoarei la data de 08.06.2016), susţinând că a solicitat instanței competente anularea documentului constatator, fiind constituit dosarul nr. 952/108/..... înregistrat pe rolul Tribunalului Arad, dosar care în prezent este suspendat în temeiul dispoziţiilor art. 413 alin. (1) pct. 1 C.pr.civ. până la soluționarea definitivă a dosarelor nr. 5925/108/2016 și nr. 21/108/....., dosare care au ca obiect rezilierea contractului și pretenții. În speță, suspendarea s-a dispus în temeiul dispoziţiilor art. 413 alin. (1) pct. 1 C.pr.civ care prevede că „Instanța poate dispune suspendarea judecăţii când dezlegarea cauzei depinde, în tot sau în parte, de existența ori inexistența unui drept care face obiectul unei alte judecăţi", respectiv până la soluționarea definitivă a dosarelor nr. 5925/108/2016 și nr. 21/108/....., împrejurare față de care nu se poate reține suspendarea efectelor documentului constatator conform dispoziţiilor art. 15 din Legea nr. 554/2004.

Potrivit prevederilor art. 14 dm Legea nr. 554/2004, contestatoarea avea posibilitatea ca în cazuri bine justificate și pentru prevenirea unei pagube iminente, după sesizarea, în condiţiile art. 7 din actul normativ sus menționat, a autorității publice care a emis actul sau a autorității ierarhic superioare, să solicite instanței competente să dispună suspendarea executării actului administrativ unilateral până la pronunţarea instanței pe fond. Această cerere de suspendare se putea solicita și prin cererea adresată instanței competente pentru anulare, în tot sau în parte, a actului atacat.

În speţă, contestatoarea nu a comunicat comisiei de evaluare nicio dovadă din care să rezulte revocarea documentului constatator și nicio hotărâre pronunțată de instanța judecătorească cu privire la suspendarea aplicării acestui înscris, hotărâre care ar fi fost executorie de drept.

În ipoteza in care contestatoarea ar fi formulat plângerea prealabilă în primele zile ale termenului stipulat de Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004 art. 7 alin. (1), ar fi avut posibilitatea să depună la instanţa competentă acţiunea în anulare a actului administrativ şi să solicite suspendarea executării acestuia, situaţie în care, până la data judecării prezentei cauze, s-ar fi putut prezenta comisiei de evaluare, respectiv Consiliului documente care să demonstreze că s-a solicitat instanţei de judecată anularea actului administrativ în discuţie şi suspendarea executării acestuia sau chiar documente prin care instanţa de judecată să se pronunţe cu privire la cererea operatorului economic de a suspenda executarea documentului constatator.

Fiind vorba de un act administrativ unilateral, acesta, potrivit legii contenciosului administrativ, se bucură de prezumţia de legalitate, autenticitate şi veridicitate, trăsături care constituie fundamental caracterul executoriu.

Suspendarea efectelor actului administrativ poate fi dispusă de instanţa de judecată în condiţiile reglementate de art. 14 şi 15 din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004.

Documentele constatatoare sunt considerate acte administrative ce prezintă o situaţie de fapt, rolul lor fiind acela de a oferi informaţii cu privire la capacitatea unui ofertant de a-şi îndeplini în mod corespunzător obligaţiile contractuale, fără a aduce prejudicii autorităţii contractante.

Referitor la afirmaţiile că, comisia de evaluare nu a descris „cicumstanțele concrete vizate", respectiv nu s-a precizat dacă ofertantul asociat a încălcat „în mod grav sau repetat obligaţiile principale", precum și „în contextul dispoziţiilor art. 180 alin. 1 lit. g) din Legea nr. 99/2016 coroborat cu alin. (6) în speţă nu se pot reține încălcări grave și/sau repetate a unor obligaţii contractuale principale, plata de daune interese sau alte sancţiuni comparabile" autoritatea contractantă învederează contestatoarei și Consiliului faptul că la excluderea contestatoarei s-au avut în vedere prevederile legale în vigoare.

Condiţiile stabilite de lege pentru aplicarea motivului de excludere prevăzut la art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016 precum şi modul în care aceste condiţii vor fi cumulate, au fost precizate şi în Partea III, Secţiunea C din cadrul Formularului standard la nivel european al Documentului Unic de Achiziţie European (DUAE).

Astfel, pentru aplicarea motivului de excludere prevăzut de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, era necesar să fie îndeplinite următoarele condiţii cumulative încălcarea gravă sau repetată a obligaţiilor principale, încălcarea obligaţiilor principale să fi intervenit în derularea uneia dintre următoarele tipuri de contracte încheiate anterior contractului de achiziţii publice, contract sectorial, contract de concesiune, încălcarea gravă sau repetată a obligaţiilor principale să fi condus la una din următoarele consecinţe (sancţiuni) încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese, alte sancţiuni comparabile.

Potrivit dispoziţiilor legale anterior invocate, în situaţia în care survine oricare dintre cele trei sancţiuni prevăzute de cea de-a treia condiţie impusă de lege, aceasta este suficientă pentru aplicarea excluderii din prezenta procedură.

În plus, prin adresa nr. 8209/12.05....., emitentul documentului constatator cuantifică prejudiciile aduse și daunele interese contractuale, respectiv „...un prejudiciu de aproximativ 5.000.000 lei și daune interese contractuale în cuantum de 1.682.310,16 lei."

Decizia de respingere a ofertei ASOCIERII ...S R L - SC ... SRL - ... a fost luată cu respectarea prevederilor art. 161 alin. (8) din HG nr. 394/2016.

Faptul că există pe rolul instanțelor de judecată mai multe cauze spre soluţionare, respectiv:

- dosarul nr. 4544/30/2016 (6991/2016)
- dosarul nr. 5925/108/2016
- dosarul nr. 21/108/2016

confirmă faptul că există o neexecutare a contractului, că aceasta s-a datorat culpei prestatorului și că au fost produse prejudicii autorității contractante.

Față de măsurile prezentate de contestatoare, comisia de evaluare a apreciat că în lipsa unor hotărâri judecătoreşti definitive, litigiile în curs de soluţionare nu sunt suficiente pentru demonstrarea credibilităţii ofertantului.

Referitor la susţinerile contestatoarei de „încălcare a prevederilor legale a principiilor transparenței, asumării răspunderii și a principiului tratamentului egal al ofertanţilor", entitatea contractantă precizează că decizia de respingere a ofertei Asocierii SC ...SRL - SC ...SRL - ... este în conformitate cu documentaţia de atribuire.

Prin luarea unei eventuale decizii de acceptare a ofertei contestatoarei, autoritatea contractantă ar fi încălcat principiul egalității de tratament și al publicității care presupune ca fiecare potențial participant la procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică să cunoască în avans regulile și condiţiile cărora trebuie să se supună și să știe că fiecare participant aplică în aceleaşi condiţii.

În jurispudența sa - cauza Storebaelt - CJCE a stabilit că principiul egalității de tratament presupune ca toți participanţii la procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică să beneficieze de o analiză obiectivă a ofertelor iar pe de altă parte, acest principiu este nerespectat și procedura încălcată, când autoritatea contractantă, pe parcursul procedurii schimbă condiţiile și permite unui participant să obțină avantaje în detrimentul competitorilor săi.

Prin depunerea ofertei, contestatoarea și-a însușit conținutul întregii documentaţii de atribuire, deci implicit și continutul fișei de date a achiziţiei cu privire la nota cerinţei de la cap. III.2.1.a).

Referitor la afirmaţiile contestatoarei „Vă rugăm să observaţi că toate motivele prezentate în documentul constatator sunt neîntemeiate și în contradicţie flagrantă cu realitatea faptică și contractuală" și „suntem subiecţii unui abuz de drept din partea autorității contractante emitente a documentului

constatator", ... SA apreciază că motivele de critică dezvoltate de contestatoare în cee ace privește emiterea documentului costatator nu pot face obiectul contestației motivat de împrejurarea faptului că CNSC nu se poate pronunţa asupra acestui aspect acesta fiind atributul exclusiv al instanţei de contencios administrativ deoarece, conform legislaţiei aplicabile, „Documentele constatatoare emise de către autoritatea contractantă (…) pot fi contestate în justiţie potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările ulterioare".

În privinţa celei din urmă critici prin care contestatoarea afirmă că „din punct de vedere procedural comisia de evaluare a ignorant obligaţia de a solicita înlocuirea subcontractantului" propus SC WESSLING ROMÂNIA SRL, deși acesta nu se încadrează printre motivele de excludere prevăzute la art. 180 alin. (1) lit. g) și h), comisia de evaluare consideră că această critică nu poate fi reținută, motivat de faptul că, oferta contestatoarei a fost considerată inacceptabilă, fapt care a atras după sine excluderea din procedură, împrejurare față de care schimbarea subcontractantului SC ... SRL ar fi fost irelevantă.

De asemenea, comisia de evaluare a apreciat că subcontractantul SC ... SRL nu se încadrează în prevederile art. 161 alin. (8) din HG nr. 394/2016.

Mai mult, beneficiarul Administraţia Naţională „APELE ROMÂNE" (aceeaşi entitate care a emis Documentul constatator negativ nr. 23864/ 08.12.2015) a emis Scrisoarea de recomandare nr. 6793/19.04....., referitoare la indicarea calificativului „foarte bine" pentru colaborarea și derularea contractului de servicii nr. 87/01.09.2015.

Potrivit documentelor comunicate, autoritatea contractantă apreciază că societatea contestatoare nu a înţeles să depună toate diligenţele în vederea demonstrării prin mijloacele de probă prevăzute de legiuitor la art. 181 din Legea nr. 99/2016 *(„certificate, caziere judiciare sau alte documente echivalente emise de autorităţi competente")* a faptului că nu se află în situaţia de excludere prevăzută de art.180 alin. (1) lit. g) din acelaşi act normativ, aşa cum a indicat în DUAE, deşi, potrivit art. 249 din Codul de procedură civilă, îi revenea această obligaţie *(„Cel care face o susţinere în* cursul *procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege").*

Ținând cont de faptul că actul administrativ, respectiv documentul constatator nr. 11181/27.05.2016 nu a fost revocat sau anulat, nefiind depuse documente/înscrisuri alte mijloace de probă în acest sens, comisia de evaluare a apreciat că acesta își produce în continuare efecte juridice. Faptul că până în prezent lipseşte o decizie a instanţei de judecată cu privire la aceste înscrisuri este o chestiune care ţine exclusiv de modul în care contestatoarea a înţeles sa-şi exercite drepturile conferite de legislaţia în vigoare.

Autoritatea contractantă învederează Consiliului că legalitatea deciziei comisiei de evaluare trebuie apreciată prin raportare la conținutul și informaţiile care rezultă din documentele pe care aceasta le-a avut la dispoziţie la data luării deciziei, documente care i-au fost furnizate de către contestatoare. Astfel, chiar dacă într-un viitor, ar deveni incidentă ipoteza ca instanța de judecată să dea câștig de cauză

contestatoarei, decizia comisiei de evaluare rămâne una legală, contestatoarea având dreptul de a se adresa în justiție împotriva ... SA.

Referirile contestatoarei la practica naţională, internaţională şi a Consiliului nu pot fi reţinute având în vedere, pe de o parte, faptul că fiecare speţă în parte are specificul său şi un anumit probatoriu administrat în cauză de părţi iar, pe de altă parte, faptul că, în dreptul românesc, precedentul judiciar nu constituie izvor de drept.

Prin adresa nr. 3021/....., înregistrată la CNSC cu nr. 25146/23.06....., ... SA a transmis punct de vedere referitor la contestația formulate de ASOCIEREA ..... SA, solicitând Consiliului respingerea acesteia ca nefondată.

Analizând informaţiile înscrise de ASOCIEREA ..... SA în Documentul European de Achiziţie Unic (DUAE), comisia de evaluare a constatat următoarele aspecte:

La partea III Motivele de excludere, Secţiunea C Motive legate de insolvenţă, conflicte de interese sau abateri profesionale, conform art. 57 alin. (4) din Directiva 2014/24/UE (transpusă prin art. 180 din Legea nr. 99/2016), situaţia de excludere privind încetare anticipată, daune-interese sau alte sancţiuni comparabile, răspunsul a fost afirmativ, însoţit de descrierea acestor situaţii. De asemenea, contestatoarea a răspuns „Da" şi la întrebarea suplimentară, respectiv „aţi luat măsuri pentru a demonstra fiabilitatea dumneavoastră", întrebare care a completat un răspuns afirmativ, contestatoarea descriind măsurile luate.

Comisia de evaluare a procedat la verificarea în SEAP, în cadrul secţiunii dedicate documentelor constatatoare, a existenței documentelor constatatoare negative pentru toți ofertanţii participanţi la procedură, regăsind astfel un document constatator emis de ..., emis pentru ..., acelaşi document constatator declarat de Asociere în DUAE.

Pentru a-şi demonstra credibilitatea, contestatoarea a menționat ca pe rolul instantelor de judecata au fost demarate mai multe litigii împotriva autorității contractante, atat pentru anularea documentului constatator emis de acesta, cat şi pentru demonstrarea culpei autorităţii contractante in eşecul prestatorului in realizarea obiectivelor de investiţii

Analizand justificările ofertantului şi consultând portalul instanţelor judecătoreşti, comisia de evaluarea a constatat următoarele aspecte:

- documentul constatator nr. 9313/28.03.2016, emis de Compania Judeţeană ... SA a fost emis ca urmare a modului în care prestatorul ... și-a îndeplinit obligaţiile contractuale ce-i reveneau, sens în care, conform celor menționate în documentul constatator, s-au reținut următoarele:

„[...] - au fost constatate abateri de la calitatea serviciilor,

- termenele contractuale de depunere a documentelor nu au fost respectate,

- documentele necesare derulării contractului au fost întocmite cu întârziere,

- au fost aduse prejudicii autorității contractante pe perioada derulării contractului, atât materiale cât și de imagine,

- s-a constatat opturarea desfășurării Proiectului Major prin respingerea proiectelor sau netransmiterea aprobărilor pentru proiectele care erau vizate cu verificator de proiect, sau vizate spre neschimbare"

Documentul constatator a fost contestat în instanță de ofertant, litigiul fiind în curs de soluţionare, fără a se dispune până la data prezentei prin hotărâre judecătorească suspendarea efectelor acestora până la soluţionarea definitivă a cererii de anulare.

Față de măsurile prezentate de contestatoare, comisia de evaluare a apreciat că, în lipsa unor hotărâri judecătoreşti definitive, litigiile în curs de soluţionare nu sunt suficiente pentru demonstrarea credibilității contestatoarei.

În consecinţă, în raport cu argumentele prezentate, comisia de evaluare a decis că ASOCIEREA ... SAS - ..... SA se încadrează în motivele de excludere prevăzute de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016.

Cu privire la susţinerile contestatoarei referitoare la faptul că prezenta comunicare a rezultatului evaluării documentelor de calificare a fost emisă cu încălcarea principiului neretroactivităţiî legii civile, iar analiza documentului constatator ar fi trebuit să se facă în baza legii în vigoare la data emiterii acestuia, autoritatea contractantă consideră că trebuie înlăturate, pe de o parte, având în vedere faptul că, prezenta procedură de atribuire se desfăşoară în temeiul Legii nr. 99/2016, astfel că autoritatea contractantă este obligată să respecte prevederile acesteia, inclusiv cele referitoare la aplicarea motivelor de excludere, respectiv art. 180 alin. (1) lit. g), iar pe de altă parte, având în vedere faptul că, în legătură cu regimul juridic/respectarea termenului legal de atacare a documentului constatator în contencios administrativ/ legalitatea acestuia, Consiliul nu se poate pronunţa, acesta fiind atributul exclusiv al instanţei de contencios administrativ deoarece, conform legislaţiei aplicabile, *„Documentele constatatoare emise de către autoritatea contractantă (...) pot fi contestate în justiție potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificănle ulterioare"*

Faţa de cele menţionate anterior, autoritatea contractantă apreciază că documentul constatator în discuţie produce efecte de la data emiterii, deoarece este act administrativ cu caracter executoriu, nefiind suspendat de instanţa de contencios. Faptul că până în prezent lipseşte o decizie a instanţei de judecată cu privire la aceste înscrisuri este o chestiune care ţine exclusiv de modul în care contestatoarea a înţeles să-şi exercite drepturile conferite de legislaţia în vigoare.

Referitor la afirmaţia contestatoarei de neîndeplinire a condiţiilor prevăzute de art. 181 litera c1 din OUG nr. 34/2016, motivat de faptul că ofertantul și-a îndeplinit toate obligaţiile care îi incumbau conform contractului, autoritatea contractantă menționează:

Dispoziţiile OUG nr. 34/2006 nu se aplică ulterior intrării în vigoare a Legii nr. 99/2016. De asemenea, în conținutul răspunsului la Notificarea prealabilă, comisia de evaluare, a precizat că, contestatoarea

s-a încadrat în motivul de excludere prevăzut de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016.

Documentul constatator nr. 9313/28.03.2016 atestă că, în ultimii doi ani, ofertantul "nu și-a îndeplinit" respectiv "şi-a îndeplinit în mod defectuos obligaţiile contractuale", "din culpa sa" acest lucru fiind de natură să producă grave prejudicii Beneficiarului. ... consemnează la punctul 7 al documentului constatator criteriile de evaluare a modului de neîndeplinire a contractului nr. 20772/19.09.2011, având ca obiect asistență tehnică pentru supervizarea lucrărilor din cadrul Proiectului Major "Extinderea și reabilitarea infrastructurii de apă și apă uzată din judeţul Neamţ România", după cum urmează:

" a- Au fost constatate abateri de la calitatea serviciilor,

b- Termenele contractuale de depunere a documentelor nu au fost respectate,

c- Documentele necesare derulării contractului au fost întocmite cu întârziere,

d- Au fost aduse prejudicii autorității contractante pe perioada derulării contractului, atât materiale cât și de imagine,

e- S-a constatat opturarea desfășurării Proiectului Major prin respingerea proiectelor sau netransmiterea aprobărilor pentru proiectele care erau vizate cu verificator de proiect sau vizate spre neschimbare".

Contestatoarea invocă prevederile minutei nr. 1453/10.05.2016 și afirmă că „este fără putință de tagadă faptul că subscrisa nu am produs nici un prejudiciu societății ..." dar nu aduce dovezi în acest sens, în conformitate cu prevederile Legii 554/2004. Astfel, Asocierea nu a prezentat la data solicitării făcute de către comisia de evaluare dovada că documentul constatator a fost revocat de emitent sau de o autoritate superioară acestuia si prin urmare nu produce efecte juridice.

Faptul că pe rolul Tribunalului Neamţ se află în soluţionare dosarul nr. 591/103/2016 având ca obiect solicitarea de despăgubiri pentru rezilierea nelegală a contractului de către această autoritate și pentru încasarea sumei constituite de ... cu titlu de Scrisoare de garanţie de bună execuţie, acţiune care după cum afirmă contestatoarea se află la data prezentei pe rolul instanțelor de judecată este de natură să confirme faptul că neexecutarea contractului s-a datorat culpei acesteia (altfel nu i s-ar fi reținut acestei garanţia de buna execuţie).

Faptul că există pe rolul instanțelor de judecată Curtea de Apel Bacău dosarul nr. 235/32/..... având ca obiect suspendarea efectelor documentului constatator nu este de natură să afecteze legalitatea deciziei comisiei de evaluare și nici efectele juridice pe care documentul constatator le produce în circuitul civil.

Actul administrativ are forţă juridică obligatorie atât faţă de persoanele fizice sau juridice cărora li se adresează cât şi faţă de autoritatea care l-a emis, ţinută să-l respecte ea însăşi, pe tot parcursul valabilităţii lui. Actul administrativ este executoriu de îndată, fără a fi necesară întocmirea unor formalităţi ulterioare, ca în cazul unei hotărâri judecătoreşti rămasă definitivă care, pentru a fi executată, trebuie investită cu formulă executorie. Contestatoarea nu a depus la dosarul

cauzei nicio dovadă din care să rezulte că documentul constatator nu mai produce efecte juridice şi nicio hotărâre pronunţată de către instanţa judecătorească cu privire la suspendarea aplicării acestui înscris potrivit prevederilor art. 14 din Legea 554/2004, hotărâre care ar fi fost executorie de drept.

Ținând cont de faptul că actul administrativ, respectiv documentul constatator nr. 9313/28.03.2016 emis de ... nu a fost revocat sau anulat, nefiind depuse documente/înscrisuri/alte mijloace de probă în acest sens, el producând în continuare efecte juridice, autoritatea contractantă învederează CNSC faptul că legalitatea deciziei comisiei de evaluare trebuie apreciată prin raportare la conținutul și informaţiile care rezultă din documentele pe care aceasta le-a avut la dispoziţie la data luării deciziei, documente care i-au fost furnizate de către contestatoare.

Referitor la susţinerile contestatoarei „nu ne încadrăm în situația de la art. 180 lit. g) din Legea nr. 99/2016 " nefiind îndeplinite condiţiile in privinţa acesteia, autoritatea contractantă solicită respingerea acestora pentru următoarele motive:

Pentru aplicarea motivului de excludere prevăzut de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, este necesar să fie îndeplinite următoarele condiţii cumulative:

- Încălcarea gravă sau repetată a obligaţiilor principale,
- Încălcarea obligaţiilor principale să fi intervenit în derularea unuia dintre următoarele tipuri de contracte încheiate anterior contract de achiziţii publice, contract sectorial, contract de concesiune
- Încălcarea gravă sau repetată a obligaţiilor principale să fi condus la una din următoarele consecinţe (sancţiuni) încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese, alte sancţiuni comparabile.

Condiţiile cumulative arătate sunt completate de precizarea adusă prin art. 184 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 99/2016, în sensul că perioada de timp scursă de la momentul la care s-au petrecut evenimentele (încălcările obligaţiilor principale) să nu fi depăşit o perioadă de 3 ani.

In acelaşi timp, alin (6) al art 180 din Legea nr 99/2016, citat mai sus, aduce lămuriri asupra modului in care vor fi interpretate încălcările grave ale obligaţiilor contractuale, prezentând exemple concrete, printre acestea regasindu-se şi neexecutarea lucrărilor care fac obiectul contractului sau un comportament necorespunzator care creeaza îndoieli serioase cu privire la credibilitatea operatorului economic

Totodată, condiţiile stabilite de lege pentru aplicarea motivului de excludere prevăzut la art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, precum şi modul în care aceste condiţii vor fi cumulate, sunt precizate şi în Partea III, Secţiunea C din cadrul Formularului standard la nivel european al Documentului Unic de Achiziţie European (DUAE), respectiv „încetare anticipată, daune-interese sau alte sancţiuni comparabile.

Autoritatea contractantă arată că operatorul economic s-a aflat într-o situație în care un contract de achiziţii 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 sancţiuni comparabile în legătură cu respectivul contract anterior".

În cadrul contestaţiei formulate, ASOCIEREA ... SAS - ..... SA adoptă o altă interpretare asupra condiţiilor impuse de lege şi asupra modului în care acestea vor fi cumulate pentru aplicarea motivului de excludere utilizat de comisia de evaluare, aspecte care nu pot fi luate în considerare de către Consiliu.

În prezenta speţă pot fi reţinute condiţiile impuse de lege pentru aplicarea motivului de excludere în raport cu situaţia ASOCIERII ... SAS - ..... SA, astfel:

Referitor la prima condiţie impusă de lege, autoritatea contractantă precizează că din cuprinsul documentului constatator se constată că lucrările care au făcut obiectul contractului nu au fost executate din culpa prestatorului. Neexecutarea contractului/îndeplinirea defectuoasă a obligaţiilor contractuale de către prestator în sensul constatării de "abateri de la calitatea serviciilor", nerespectarea „termenelor contractuale de depunere a documentelor", întocmirea „cu întârziere" a documentelor necesare derulării contractului precum și neexecutarea contractului/ îndeplinirea defectuoasă a obligaţiilor contractuale de către prestator în sensul „opturării desfășurării Proiectului Major prin respingerea proiectelor sau netransmiterea aprobărilor pentru proiectele care erau vizate cu verificator de proiect sau vizate spre neschimbare", sunt de natură să producă grave prejudicii, încălcarea obligaţiilor principale fiind gravă și repetată Aşadar, încălcarea obligaţiilor principale este atât gravă, cât şi repetată.

Referitor la a doua condiţie impusă de lege, autoritatea contractantă arată că, din cuprinsul documentului constatator identificat şi analizat, comisia de evaluare a constatat că încălcările obligaţiilor principale de către contestatoare au intervenit în derularea unui contract de achiziţie publică, încheiat în urma aplicării procedurii de licitație restrânsă.

În ceea ce privește a treia condiţie impusă de lege, comisia de evaluare a constatat că ... confirmă rezilierea contractului din culpa contestatoarei.

Faptul că exista pe rolul instanțelor de judecată o acţiune împotriva ... având ca obiect [...] încasarea sumei depuse de ofertant cu titlu de Scrisoare de garanţie de bună execuţie, acţiune care după cum afirmă contestatoarea se află la data prezentei pe rolul Tribunalului Neamţ este de natură să confirme faptul că există o neexecutare a contractului, că aceasta s-a datorat culpei ofertantului și că au fost produse prejudicii autorității contractante, altfel aceasta din urmă nu ar fi reținut garanţia de bună execuţie depusă de contestatoare.

În ce priveşte lipsa prejudiciului, invocat de contestatoare, autoritatea contractantă apreciază că acesta nu trebuie neapărat să fie cuantificat valoric, fiind suficientă identificarea unui prejudiciu, fie concret, fie doar potenţial, contrar susţinerilor contestatoarei că nu a

plătit daune-interese sau alte sancţiuni similare în cadrul acestui contract.

Documenul constatator în referinţă indică, dincolo de orice echivoc, aspectul că neîndeplinirea obligaţiilor contractuale a atras un prejudiciu pentru autoritatea în cauză, chiar dacă până la data prezentei nu a promovat o acţiune pe rolul instanțelor de judecată pentru recuperarea prejudiciului. Autoritatea contractantă are posibilitatea să-și valorifice dreptul de creanţă în termenul legal prevăzut de lege.

Referirile contestatoarei la practica naţională, internaţională şi a Consiliului nu pot fi reţinute având în vedere, pe de o parte, faptul că fiecare speţă are specificul său şi un anumit probatoriu administrat în cauză de părţi iar, pe de altă parte, faptul că, în dreptul românesc, precedentul judiciar nu constituie izvor de drept.

Referitor la susţinerile contestatoarei de acoperire a prejudiciului ca urmare a executării Scrisorii de Garanţie Bancară, autoritatea contractantă precizează că executarea garanţiei de bună execuţie nu afectează aplicabilitatea prevederilor art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, atât timp cât îndeplinirea în mod defectuos a obligaţiilor contractuale este stabilită și recunoscută de părți.

Neindeplinirea obligaţiilor contractuale precum și abaterile menționate în documentul constatator nr. 9313/28.03.2016 sunt elemente de natură a se încadra în situația menționată la art. 180 alin. (1) lit g) din Legea nr. 99/2016, comisia de evaluare având dreptul de a nu accepta o astfel de ofertă.

În ceea ce priveşte afirmaţiile contestatoarei *„am prezentat în fața Autorității dovezi care să clanfice caracterul artificial, abuziv și discreţionar al Documentului constatator emis de ...",* autoritatea contractantă apreciază că motivele de critică dezvoltate de contestatoare referitoare la emiterea documentului constatator nu pot fi analizate de comisia de evaluare și nu pot face obiectul contestației motivat de împrejurarea faptului că CNSC nu se poate pronunţa asupra acestui aspect acesta fiind atributul exclusiv al instanţei de contencios administrativ.

Referitor la afirmaţiile contestatoarei referitoare la presupusa recunoaştere implicită a nelegalității documentului constatator emis de către ... prin invocarea minutei nr. 14513/10.05.2016 încheiată de contestatoare și ..., autoritatea contractantă precizează că din minută nu rezultă că ... „are obligaţia de a achita lucrările realizate de ofertant conform contractului până în acel moment precum și eventualele lucrări suplimentare". Din minută, rezultă că „Părţile convin să ajungă la un acord privind suma plății finale și eventualele costuri suplimentare, maxim 100% din valoarea contractului 20772/19.09.2011 în termen de 1 an de la semnarea acordului de soluţionare a disputelor". După cum se poate vedea, plata sumelor de către autoritatea contractantă este afectată de o condiţie suspensivă constând în acordul părților manifestat în termenul de 1 an.

Tot de o condiţie suspensivă este afectată și retragerea documentului constatator, după cum rezultă de la pagina 15 din răspunsul la solicitările de clarificări reprezentând minuta 14513/10.05.2016 „În termen de 45 de zile, ... își va retrage actul constatator primar. Actul constatator final va fi emis după semnarea acordului menționat la punctul c) și dupa auditul final al Curții de Conturi". Astfel, de la data de 10.05.2016 până la data prezentei au trecut mai mult de 45 de zile, documentul constatator fiind încă în vigoare.

Referitor la ,,puterea de lucru judecat a Deciziei CNSC nr. 1115/C2/ 1222 din 16.05.....", invocată de contestatoare, entitatea contractantă învederează că prin decizia în cauză Consiliul a admis în parte contestația formulata de LOUIS BERGER SRL, în contradictoriu cu SC ... SA formulata împotriva procesului verbal de evaluare DUAE şi a dispus anularea procesului-verbal de analizare DUAE și a răspunsului la clarificări în parte, precum și adresa de comunicare a rezultatului parţial al procedurii, transmisă ofertantului

Conform art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă poate formula plângere împotriva deciziei pronunțate de Consiliu.

Având în vedere cele mentionate, decizia nr. 1115/C2/1222 din 16.05..... nu are un caracter definitiv și irevocabil, aceasta nedobândind puterea de lucru judecat.

Punerea în discuţie de către contestatoare a unor aspecte ce au făcut obiectul cauzelor arătate apare ca fiind inoportună, atât timp cât decizia este supusă căii de atac, puterea de lucru judecat invocată fiind provizorie, conform art .430 alin. (4) din C.pr.civ.

În ceea ce priveşte susţinerile contestatoarei potrivit cărora ,,Autoritatea nu a motivat decizia de excludere a subscrisei de la Procedura de Atribuire" iar aceasta a făcut o ,,analiză superficială" a documentului constatator, ... SA precizează că nu a afirmat niciodată că a exclus ofertantul prin simplul motiv că are document constatator negativ fără a proceda la analiza lui, după cum afirmă contestatoarea.

Comisia de evaluare a analizat documentul constatator, dovada fiind inclusiv faptul că a solicitat clarificări cu privire la acesta.

Dacă susţinerile contestatoarei ar fi adevărate, solicitările de clarificări adresate contestatoarei și ... nu și-ar mai fi găsit justificarea și nu ar mai fi fost făcute.

Referitor la susţinerile "Abuzul de drept săvârșit de Autoritate", autoritatea contractantă susține că decizia de respingere a ofertantului ASOCIEREA ... SAS - ..... SA este în conformitate cu documentaţia de atribuire și cu dispoziţiile legale în vigoare.

Prin luarea unei eventuale decizii de acceptare a ofertei ASOCIERII ... SAS - ..... SA, autoritatea contractantă ar fi încălcat principiul egalității tratament și al publicității.

Prin depunerea ofertei, contestatoarea și-a însușit conținutul întregii documentații de atribuire, deci implicit și conținutul fișei de date a achiziţiei cu privire la cerinţele de la cap. III.2.1.a).

Afirmaţiile în sensul că "autoritatea contractantă nu a dat dovadă de bună credinţă în momentul respingerii ofertei ... exercitându-și dreptul de o manieră abuzivă" nu pot fi primite ca justificate și susținute de documente probante.

Față de cele relatate, comisia de evaluare a apreciat că în lipsa unor hotărâri judecătoreşti definitive, litigiile în curs de soluţionare nu sunt

suficiente pentru demonstrarea credibilităţii ofertantului, acesta nedovedind până la data prezentei că nu se află în situația de excludere prevăzută de art. 180 alin. (1) lit. g).

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. 25556/27.06....., ASOCIEREA ... SA ... a transmis concluzii scrise, solicitând Consiliului să respingă ca neîntemeiate apărările formulate de ..... SA prin punctul de vedere exprimat şi să admită contestația astfel cum a fost formulată.

Cu titlu preliminar, contestatoarea precizează că este important de subliniat că, prin punctul de vedere exprimat, autoritatea contractantă recunoaşte autoritatea de lucru judecat provizorie a Deciziei CNSC nr. 1115/C2/1222 din 16.05....., prin care CNSC a decis ca Documentul constatator (în baza căruia contestatoarea a fost exclusă de la procedura de atribuire) nu poate constitui un motiv pentru ca oferta să fie declarată inacceptabilă, nefiind îndeplinite condiţiile prevăzute de art. 180 alin. (1) lit. g).

Cu privire la aplicarea legii în timp, aplicarea de către autoritatea contractantă a Legii nr. 99/23.05.2016 unui Document constatator emis înainte de intrarea în vigoare a acestei legi (la 28.03.2016) reprezintă o încălcare a principiului neretroactivităţii legii, aspect confirmat inclusiv prin deciziile Curţii Constituţionale.

Argumentul autorităţii contractante în sensul că CN5C nu are competenţa să analizeze care este legea aplicabilă prezentei speţe, întrucât Documentul constatator poate fi atacat în justiţie potrivit Legii nr. 554/2004 (şi deci nu poate fi atacat la CNSC) este unul eronat.

Contestaţia nu vizează anularea/suspendarea Documentului constatator, caz în care competenţa exclusivă ar fi revenit instanţelor de contencios administrativ, dosarul de anulare, respectiv suspendare a Documentului constatator se află de altfel pe rolul Tribunalului Neamţ, respectiv Curţii de Apel Bacău.

Contestaţia vizează modalitatea în care ..... a exclus-o de la procedura de atribuire pe baza Documentului constatator, primul aspect de soluţionat pentru a pronunţa o soluţie în acest dosar fiind cel legat de aplicarea legii în timp. În consecinţă, CNSC este competentă să analizeze care lege guvernează efectele Documentului constatator.

Contrar susţinerilor....., împrejurarea că procedura de atribuire se desfăşoară în temeiul Legii nr. 99/2016 nu are nicio înrâurire asupra faptului că aplicarea acestei legi unui Document constatator, emis înainte de intrarea sa în vigoare, este una retroactivă.

Prin urmare, este irelevant că procedura de atribuire este organizată sub imperiul Legii nr. 99/2016, acest aspect neputând influenţa cu nimic justeţea argumentelor pentru care efectele unui Document constatator sunt guvernate de Legea în vigoare la momentul emiterii sale, respectiv în speţă de OUG nr. 34/2006 şi HGR nr. 925/ 2006.

În ceea ce priveşte apărarea autorităţii contractante, în sensul că absenţa unei decizii a instanţelor judecătoreşti cu privire la anularea/ suspendarea Documentului constatator ţine exclusiv de modul în care contestatoarea a înţeles să-și exercite drepturile prevăzute de lege, în mod evident şi această apărare este neîntemeiată.

Faptul că dosarul de anulare a Documentului constatator (dosar nr. 591/103/2016), respectiv de suspendare a Documentului constatator

(dosar nr. 591/103/2016/a1) se află încă pe rolul instanţelor de judecată (contrar susţinerilor autorităţii), nefiind soluţionate până la acest moment, excede controlului contestatoarei.

Contestatoarea consideră că, în încercarea de a demonstra că sunt îndeplinite condiţiile prevăzute de OUG nr. 34/2006 pentru excluderea sa de la procedura de atribuire, ... afirmă, fără niciun fel de dovadă, că Documentul constatator este de natură să producă grave prejudicii .... În mod evident, o astfel de afirmaţie, nesusţinută de nicio dovadă, nu poate înlătura argumentele contestatoarei dezvoltate pe larg în întâmpinare pentru care nu există un prejudiciu grav, aşa cum prevede legea.

De altfel, acest aspect este confirmat de Decizia nr. 1115/C2/1222 din 16.05....., prin care CNSC a anulat decizia de excludere a societăţii ..., în baza aceluiaşi Document constatator.

Mai mult, nici măcar ..., căreia ..... i-a solicitat în cursul procedurii de atribuire să precizeze dacă a suferit vreun prejudiciu și care este acesta nu a susținut acest lucru.

Cu privire la neîndeplinirea condiţiilor prevăzute de art. 180 lit. g) din Legea nr. 99/2016 şi nemotivarea de către autoritatea contractantă a deciziei de excludere a contestatoarei, aceasta încearcă să mascheze realitatea faptului că a exclus-o pe baza simplei existenţe a Documentului Constatator, prin copierea conţinutului acestuia şi concluzionarea că sunt îndeplinite toate condiţiile prevăzute de art. 180 lit. g) din Legea nr. 99/2016, fără o argumentare în acest sens.

Or, în mod evident, o astfel de abordare nu este de natură:

-să înlăture faptul că autoritatea contractantă nu a analizat îndeplinirea condiţiilor prevăzute de art. 180 lit. g) din Legea nr. 99/ 2016;

-să acopere faptul că autoritatea contractantă, prin comunicarea rezultatului evaluării nr. 2600/24.05....., nu a oferit nicio motivare pentru această excludere în afara simplei existenţe a Documentului constatator.

Revenind la condiţiile prevăzute de art. 180 lit. g) din Legea nr. 99/ 2016, ... nu arată de ce pretinsele abateri reţinute de ... în Documentul constatator reprezintă „o încălcare grava a obligaţiilor subscrisei".

..... trebuia să analizeze îndeplinirea acestei condiţii prin raportare la cele statuate de Curtea de Justiţie a Uniunii Europene în cauza C-465/11 Forposta SA, ABC Direct Contact sp. z o.o vs. Poczta Polska S.A. Or, dacă ar fi făcut o astfel de analiză, ... ar fi constatat că această condiţie nu este îndeplinită.

A considerat în mod greşit că prejudiciul poate fi şi unul potenţial, ceea ce nu poate fi acceptat.

În plus, executarea scrisorii de garanţie de ... nu poate fi valorificată în sensul dorit de entitatea contractantă conform căruia această executare arată culpa contestatoarei, care nu a fost de acord cu această executare a scrisorii de garanţie bancară, aspect confirmat de faptul că a contestat în instanţă în cadrul dosarului 591/103/2016 această executare ca fiind abuzivă, solicitând restituirea sumelor de bani. Cu toate acestea, potrivit prevederilor contractuale, ... putea executa această scrisoare de garanţie bancară fără acordul subscrisei.

Independent de opinia contestatoarei, în sensul că executarea scrisorii de garanţie bancară a fost una abuzivă, realitatea faptului că pretinsul prejudiciu a fost deja acoperit tocmai prin executarea acestei scrisori de garanţie nu poate fi ignorată.

De asemenea, argumentul autorităţii contractante în sensul că este obligată să ţină cont de Documentul constatator, act administrativ care produce efecte de la momentul emiterii sale nu este relevant.

Contestatoarea nu a solicitat autorităţii contractante să ignore Documentul constatator, ci doar să constate că acesta nu este de natură să atragă excluderea sa de la licitaţie. A ţine cont de existenţa unui document constatator nu echivalează cu a exclude ofertantul de la licitaţie, aşa cum susţine autoritatea contractantă.

În măsura în care argumentarea autorităţii ar fi corectă, ar însemna că prevederile art. 161 alin. (8) din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru din Legea nr. 99/2016 nu s-ar mai aplica niciodată.

Or, legea trebuie interpretată în sensul în care produce efecte şi nu invers. Autoritatea contractantă trebuie să analizeze în ce măsură menţiunile din Documentul constatator reflectă încălcarea unei obligaţii grave, a unei obligaţii primare, producerea unui prejudiciu adică îndeplinirea condiţiilor prevăzute de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, mai ales în condiţiile în care Documentul constatator nu precizează dacă obligaţiile pretins încălcate sunt grave şi primare sau nu.

De altfel, arată că, nici măcar prin punctul de vedere depus, ... nu arată motivele pentru care a considerat insuficiente dovezile de credibilitate depuse de contestatoare.

Autoritatea contractantă a ignorat toate aceste dovezi, cu motivarea că doar instanţa ar putea decide asupra lor. Şi acest argument este însă eronat. Instanţa de judecată este cea care va stabili caracterul de legalitate sau nelegalitate a Declaraţiei de reziliere şi Documentului constatator, însă, până atunci, atunci când ia o decizie cu privire la participarea unui operator economic la licitaţie, fiecare autoritate contractantă trebuie să aibă în vedere aceste aspecte pentru a observa dacă sunt îndeplinite condiţiile art. 180 alin. (1) lit. g), respectiv art. 184 alin. (1) - (3) din Legea nr. 99/2016. În caz contrar, s-ar ajunge din nou la situaţia de neacceptat ca Documentul constatator să atragă excluderea automată de la o procedură de atribuire, indiferent de condiţiile în care acel Document a fost emis şi de conţinutul său.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. 25704/27.06....., Asocierea ... SA ... a reiterat solicitarea de a i se permite să susțină concluzii orale în prezentul dosar.

Prin adresa nr. 27108/....., .../...../05.07....., Consiliul a solicitat entității contractante documentele instanțelor de judecată care au fundamentat decizia de respingere a ofertelor depuse de ASOCIEREA ...SRL - SC ... SRL - ... şi de ASOCIEREA ..... SA, iar prin adresa nr. 27232/....., .../...../ 06.07..... contestatoarei Asocierea SC ...SRL – SC ...SRL – ..., ,,toate documentele instanțelor de judecată invocate de dvs. în contestația nr. CNMCO/1506/14.06.....".

Entitatea contractantă a răspuns prin adresa nr. 3328/07.07....., înregsitartaă la CNSC cu nr. 27457/07.07....., iar Asocierea ...prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. 27425/07.07.....

De asemenea, SC ...SRL a înaintat la Consiliu adresa nr. CNMCO/1531/07.07....., înregistrată cu nr. 27637/07.07..... prin care reia argumentele din contestație.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

În vederea atribuirii contractului de servicii intitulat „Sprijin pentru pregătirea aplicației de finanțare și documentațiilor de atribuire pentru proiectul regional de dezvoltare a infrastructurii de apă și apă uzată din județul ...../Regiunea Centru, în perioada 2014-2020”, coduri CPV: 71356200-0, 71241000-9, 71322000-1, 79411000-8 și 79418000-7, ..., în calitate de entitate contractantă, a inițiat o procedură de licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ...../....., odată cu care a postat și documentația de atribuire. Criteriul de atribuire a contractului este „cel mai bun raport calitate-preț”, valoarea estimată fiind de 20.785.456 lei, fără TVA.

În etapa de evaluare a ofertelor, entitatea contractantă a întocmit, printre altele, „Procesul-verbal nr. 2599/24.05..... pentru verificarea răspunsurilor transmise de ofertanți la solicitările de clarificări privind documentele de înscriere și calificare și DUAE ...”, potrivit căruia ofertele celor două contestatoare au fost respinse ca inacceptabile, pe motiv că nu îndeplinesc „cerințele de calificare și selecție prevăzute în documentele achiziției”, în temiul art. 143 alin. (2) din HG nr. 394 din 02.06.2016

Comunicarea deciziilor de mai sus către Asocierea ...și Asocierea ..... SA, s-a efectuat cu adresa care are același număr de înregistrare la sediul entității contractante, respectiv nr. 2600/ 24.05.....

Nemulțumite de hotărârile prin care autoritatea contractantă a respins ofertele lor, ca inacceptabile, Asocierea ...și Asocierea ..... SA au înaintat contestațiile în cauză, solicitând cele precizate în partea introductivă.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de contestatoare, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini (părțile tehnice), formularele necesare și modelul contractului de achiziție, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, prin faptul că au depus ofertă, au fost acceptate de operatorii economici participanți, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru Asocierea ...și Asocierea ..... SA.

La acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

În ceea ce privește contestația formulată de SC ...SRL, în calitate e lider al Asocierii ...Consiliul constată că respingerea ofertei ca inacceptabilă a avut la bază următoarele motive: *„Comisia de evaluare a constatat existenta documentelor constatatoare anterior mentionate prin consultarea siteului www.e-licitatie.ro, si nu din documentele de calificare depuse in oferta de către aceştia.*

Comisia de evaluare constata ca sunt îndeplinite condiţiile art. 180 alin. (1) lit. g si lit. h din Legea nr. 99/2016 din urmatoarele considerente:

- Asociatul SC ...SRL si-a incalcat in mod grav sau repetat obligaţiile principale ce-i reveneau in cadrul unui contract de achiziţii publice, iar aceste incalcari au dus la incetarea anticipata a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancţiuni comparabile

- Asociatul SC ...SRL si subcontractantul ...SRL s-au făcut vinovaţi de declaraţii false in continutul informaţiilor transmise la solicitarea

entitatii contractante in scopul verificării absentei motivelor de excludere sau al indeplinirii criteriilor de calificare si selecţie."

Raportat la motivele expuse anterior, Consiliul are în vedere dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 99/2016, care stipulează: *„(1) Entitatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situaţii: (...) g) operatorul economic şi-a încălcat în mod grav sau repetat obligaţiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziţii publice, al unui contract 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 sancţiuni comparabile; h) operatorul economic s-a făcut vinovat de declaraţii false în conţinutul informaţiilor transmise la solicitarea entităţii contractante în scopul verificării absenţei motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare şi selecţie, nu a prezentat aceste informaţii sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate*".

Din analiza dosarului cauzei, Consiliul constată că, ulterior completării DUAE, entitatea contractantă, în temeiul art. 221 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, potrivit căruia:

«În cazul în care informaţiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate, ori în cazul în care lipsesc anumite documente, entitatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanţilor/candidaţilor clarificări şi, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceştia în cadrul ofertelor/solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal şi transparenţei", prin adresa nr. 1871/13.04....., a solicitat asocierii contestatoare, printre altele: „Referitor la DUAE depus in SEAP pentru: - SC ...SRL (...) 9. In Partea III din DUAE - Motive de excludere C: Motive legate de insolventa, conflicte de interese sau abateri profesionale - încetare anticipata, daune-interese sau alte sancţiuni comparabile - ofertantul SC ...SRL a completat răspunsul cu NU, in sensul in care, potrivit celor declarate de către ofertant: „Operatorul economic NU s-a aflat intr-o situatie in care un contract de achiziţii publice anterior, un contract anterior incheiat cu o entitate contractanta sau un contract de concesiune anterior a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancţiuni comparabile in legătură cu respectivul contract.

Cu privire la cele declarate de ofertant, Entitatea Contractanta a intreprins demersuri de verificare, iar in urma verificărilor a constatat ca pe siteul www.e-licitatie.ro, a fost publicat la data de 07.06.2016 Documentul constatator final nr. 11181/27.05.2016, emis de SC .... SA referitor la neindepliniea de către contractant a obligaţiilor contractuale privind contractul CS2- Servicii de supervizare a lucrărilor din cadrul proiectului *Extinderea si modernizarea infrastructurii de apa si apa uzata in judeţul Arad" finantat prin POS Mediu (2007-2013)*.

Având in vedere: prevederile din Legea nr. 99/2016, respectiv: Art. 180 ... Art. 205 ... Art. 211... menţiunea *„NU"* din DUAE depus de SC ...SRL in oferta in SEAP in *Partea III. Motive de excludere C*, respectiv nedeclararea Documentului constatator negativ emis de SC ... SA referitor la neindeplinirea

de către contractant a obligaţiilor contractuale, va solicitam sa clarificaţi situatia.»

Răspunsul contestatoarei a fost comunicat cu adresa nr. CNMCO 1427/27.04....., înregistrată la sediul entității contractante cu nr. 2090/27.04....., unde la întrebarea nr. 11, aferente solicitării de mai sus, a confirmat că are cunoștință de existența documentului constatator nr. 11181/2705.2016, emis de ...SA, prezentând informații legate de modul de derulare al contractului încheiat cu aceasta din urmă și de litigiul dintre ele, făcând trimitere la „Dosarul nr. 5925/ 108/2016 aflat pe rolul Tribunalului Arad. De asemenea, în sprijinul criticilor sale, a invocat și adresa nr. 20825/29.08.2016, emisă de societatea de asigurare - reasigurare ... SA, care a refuzat categoric solicitarea de plată a garanției de bună execuție, transmisă de ..., document împotriva căruia aceasta din urmă nu a întreprins niciun demers juridic.

Totodată menționează că a promovat o cerere de chemare în judecată ce formează „obiectul Dosarului nr. 21/108/..... de pe rolul Tribunalului Arad, dosar nesoluționat la data prezentei".

Din analiza Documentului constatator nr. 11181/27.05.2016, emis de Compania de Apa Arad SA către Asocierea SC ...SRL – ... SRL, Consiliul reține că:

- la pct. 4 - Obiectul contractului se regăsește mențiunea: „A fost încheiat Contractul cu nr. 6 din 15.09.2011 (...)";

- la pct. 6 - *Criterii de evaluare a modului de îndeplnire a contractului de către Contractant,* se precizează*:*

„a) Abateri de la calitatea serviciilor: da, respectiv ulterior încheierii actului adițional nr. 16 din 14.12.2015 Contractantul a întrerupt nejustificat activitatea de supervizare, nu a îndeplinit obligația de a asigura personalul necesar în conformitate cu prevederile contractuale şi cu nevoile proiectului, a operat schimbări ale personalului aprobat fără a avea acordul scris prealabil al autorităţii contractante, a menţinut un ritm redus de activitate condiţionând prestarea serviciilor de identificarea în bugetul autorităţii contractante a unor resurse financiare suplimentare care nu au fost convenite prin contract pentru remunerarea serviciilor.

b) Termenele contractuale de prestare a serviciilor: nu au fost respectate, având în vedere că au existat perioade de timp când Contractantul a retras personalul de supervizare din şantier şi perioade în care personalul său a fost insuficient faţă de nevoile proiectului, la nivelul a unei treimi din necesarul curent. Contractantul nu a respectat instrucţiunea autorităţii publice care gestionează fondurile europene, de reducere a timpului maxim de procesare a certificatelor de plată interimare şi efectuarea plăţilor din cadrul contractelor de lucrări, nu si-a îndeplinit obligaţia de a efectua determinările în conformitate cu prevederile contractuale.

c) Documentele necesare derulării contractului: nu au fost întocmite în totalitate corespunzător deoarece Contractantul a elaborat înregistrări şi rapoarte de activitate pentru servicii care nu au fost prestate.

d) Abateri de la preţul contractului, costuri adiţionale la contractul iniţial: Ca urmare a încheierii actului adiţional s-a suplimentat valoarea contractului de Servicii de Supervizare lucrări cu suma de 974.669,80 lei fara TVA. valoarea totala a Contractului fiind de 16.823.101,60 lei.

e) Colaborarea şi comunicarea cu Contractantul: ulterior încheierii actului adiţional nr.16 din 14.12.2015 relaţiile de colaborare şi comunicare contractuală cu Autoritatea Contractantă au fost viciate de către Contractant, existând o comunicare slabă şi tensionată din cauza presiunilor Contractantului de majorare a preţului contractului.

f) Rezilierea contractului : Da, prin Notificarea de reziliere nr.9924/12.05.2016 (nr. 1936/12.05.2016) de către Autoritatea Contractantă din culpa exclusivă a Contractantului, în baza prevederilor Art.33 - pet.33.2 [încetarea Contractului de Servicii din iniţiativa Autorităţii Contractante] lit.a) din Condiţiile Generale ale Contractului, deoarece Contractantul nu a executat în mod substanţial Serviciile şi Obligaţiile sale conform cu Contractul de Servicii, şi lit.b) deoarece Contractantul nu s-a conformat într-o perioadă de 30 de zile notificării emise de către Autoritatea Contractantă prin care i-a solicitat remedierea executării necorespunzătoare şi a neexecutării obligaţiilor din Contractul de Servicii, care a afectat în mod grav executarea corespunzătoare şi la timp a Serviciilor, deoarece Contractantul:

(i) A întrerupt nejustificat activitatea de supervizare la data de 01 februarie 2016;

(ii) A retras nejustificat personalul de supervizare din şantier;

(iii) Nu a îndeplinit obligaţia de a asigura personalul necesar în conformitate cu prevederile contractuale şi cu nevoile proiectului;

(iv) A operat schimbări ale personalului aprobat fără a avea acordul scris prealabil al Autorităţii Contractante, cu încălcarea prevederilor art. 16.1 din CGC;

(v) A transmis documente contractuale (i.e. Rapoarte de activitate, corespondenţă contractuală etc.) ce conţin în fapt semnăturile olografe ce aparţin altor persoane decât cele indicate în cuprinsul documentelor, inducând-ne astfel în eroare şi dând dovadă de o atitudine profesională necorespunzătoare cu încălcarea dispoziţiilor art. 6.4 din CGC;

(vi) Calitatea puţinelor prestaţii pe care Ie-a realizat de la momentul reluării activităţii este slabă;

(vii) Personalul pe care l-a asigurat a fost total insuficient faţă de nevoile proiectului. încălcând prevederile contractului;

(viii) Nu s-a conformat instrucţiunii trasmise de DG AM POS Mediu de reducere a timpului maxim de procesare a certificatelor de plată interimare şi efectuarea plăţilor din cadrul contractelor de lucrări, facilitând curgerea unor perioade nejustifiat de lungi şi încălcând astfel dispoziţiile art. 6.5. din CGC;

(ix) Nici după o periodă de 3 luni de la solicitarea Autorităţii Contractante nu a îndeplinit obligaţia de a efectua determinările în conformitate cu prevederile sub-clauzei 15.3 coroborate cu prevederile sub-clauzei 3.5 din C.G.C. din contractele CL-1 şi CL-3;

(x) Nu a finalizat determinările în conformitate cu prevederile sub-clauzei 15.3 coroborate cu prevederile sub-clauzei 3.5 din C.G.C. din contractele CL-11 şi CL-14;

(xi) A rămas în pasivitate, lipsind orice reacţie din partea sa faţă de repetatele notificări ale Autorităţii Contratante, prin care aceasta 1-a somat în condiţiile art. 33.2 din contract ca în termen de 7 (şapte) zile să îndeplinească aceste obligaţii în conformitate cu contractul;

(xii)Toate încercările de impulsionare şi salvare a contractului înaintate de Autoritatea Contractantă nu a condus la executarea obligaţiilor de către Contractant,

toate acestea demonstrând ca acesta nu a intentionat să execute conform contractului aceste obligaţii contractuale esenţiale.

g) Au fost aduse prejudicii Autorităţii Contractante pe perioada derulării contractului: Da, prin nefinalizarea obligaţiilor contractuale aferente perioadei 14.12.2015-30.06.2016 sunt elemente care pot conduce la cuantificarea unui prejudiciu. Cuantificarea prejudiciului necesită expertiză de specialitate."

În procesul-verbal nr. 2599/24.05....., entitatea contractantă a expus demersurile pe care le-a efectuat cu privire la documentul constatator mai sus menționat, consemnând, printre altele: „Referitor la dosarul nr. 21/108/..... Tribunalul Arad a respins acțiunea formulată de reclamanta SC ...SRL ...în contradictoriu cu pârâta ...SA, ca neîntemeiată... Având în vedere cele relatate se poate constata că operatorul economic SC ...SRL nu a înregistrat pe rolul instanțelor o cerere de suspendare a executării actului administrativ document constatator până la pronunțarea instanței pe fond (...).

În legătură cu acest aspect, Consiliul are în vedere și Hotărârea nr. 1429/13.04....., emisă de Tribunalul Arad şi existentă pe portalul acestuia din urmă (ea nefiind transmisă de societatea contestatoare), ca urmare a soluționării dosarului nr. 21 ce a vizat „nelegalitatea și netemeinicia notificării de reziliere a contractului şi îndeplinirea subscrisei a tuturor obligațiilor contractuale", invocat de contestatoare, în care instanța a menționat, printre altele:

„(...) În ceea ce privește anularea adresei nr. xxxxx/15.07.2016 (filele 113-125 vol.I dosar), instanța constată că aceasta a fost emisă în mod legal de către pârâtă în temeiul art.49 coroborat cu art.53 și cu art.6 și 7 din Legea nr.101/2016.

Astfel, pârâta a emis notificarea nr.xxxxxxx.05.2016 (filele 127-135 vol.I dosar) prin care a reziliat contractul de servicii nr.6/15.09.2011 întrucât reclamanta nu a mai continuat prestarea serviciilor conform contractului încheiat între părți, fapt ce a reieșit din adresa nr.691/14.01.2016, adresa nr.486/01.02.2016 și adresa nr.487/01.02.2016.

Această notificare a fost contestată prin plângerea prealabilă formulată de către reclamantă, iar pârâta prin adresa nr.xxxxx/15.07.2016 a respins această plângere prealabilă, reclamanta adresându-se instanței de judecată prin prezenta cerere de chemare în judecată. Instanța constată că potrivit art.33.2 lit.a din Condițiile generale ale contractului de servicii nr.6/15.09.2011 (fila 298 vol.II dosar), Autoritatea contractantă, adică pârâta, poate rezilia Contractul de Servicii cu efecte depline (de jure) după acordarea unui preaviz de șapte zile Prestatorului, fără necesitatea unei alte formalități și fără intervenția vreunei autorități sau instanțe de judecată în cazul în care

prestatorul nu își execută în mod substanțial serviciile conform cu contractul de servicii. (...).

Prin urmare, notificarea de reziliere nr.9924/12.05.2016 a contractului de servicii nr.6/15.09.2011, a fost emisă în mod legal de către pârâtă în temeiul art.33.2 lit.a din Condițiile generale ale contractului de servicii, întrucât reclamanta nu și-a executat în mod culpabil obligațiile prevăzute în contractul încheiat între părți.(...)".

În ceea ce privește actul constatator nr. 11181/27.05.2016, Consiliul constată că, raportat la documentele depuse de societatea contestatoare, precum și la cele existente pe portalul instanțelor de judecată, nu există nicio o dovadă din care să rezulte revocarea documentului constatator în discuție și nicio hotărâre pronunțată de instanța de judecată care să vizeze suspendarea aplicării acestui document.

În atari condiții, respectivul act constatator, care este unul administrativ unilateral, emis 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, în acest moment, efectele juridice ale lui nu pot fi înlăturate.

Relevante asupra acestui aspect, sunt următoarele decizii ale intanțelor:

– *decizia nr. 2148 din 29 octombrie 2012 [fiind vorba despre un act administrativ unilateral, documentul constatator emis de autoritatea contractantă se bucură de prezumția de legalitate, autenticitate și veridicitate], Curtea de Apel Bacău, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;*

– *deciziile civile nr. 5095 din 27 octombrie 2015 (documentul constatator emis de autoritatea contractantă se bucură de prezumția de legalitate, autenticitate și veridicitate și produce toate efectele juridice în vederea cărora a fost emis, până la anularea lui de către instanța de judecată competentă), nr. 586 din 5 februarie 2016 (respingerea ofertei pe baza unui document ce constată neîndeplinirea corespunzătoare a obligațiilor contractuale anterioare este legală, chiar dacă pe rolul tribunalului există un litigiu privind documentul constatator, care se bucură de prezumția de legalitate), Curtea de Apel ....., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal;*

– *decizia nr. 773 din 6 februarie 2012 (ofertant care nu și-a îndeplinit obligațiile contractuale anterioare față de autoritatea contractantă. Documentul constatator al neîndeplinirii obligațiilor beneficiază de prezumția de legalitate de care se bucură orice act administrativ până la anularea sa de către instanță și poate fi folosit în respingerea ofertei), Curtea de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal;*

– *decizia nr. 4372 din 13 noiembrie 2013 (simplul fapt al atacării la instanțele de judecată a documentelor constatatoare a neîndeplinirii obligațiilor ofertantei nu conduce la desființarea sau la suspendarea de drept a executării lor), Curtea de Apel Iași, Secția contencios administrativ și fiscal;*

– decizia nr. 11034 din 18 decembrie 2013 (documentul constatator constituie un act administrativ, care se bucură de prezumția de legalitate, autenticitate și veridicitate. Efectele juridice ale documentului nu pot fi înlăturate de împrejurarea că petenta l-a atacat în contencios administrativ, cât timp nu există o hotărâre judecătorească definitivă de anulare a lui), Curtea de Apel Ploiești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal.

De asemenea, în legătură cu motivul de respingere a ofertei contestatoarei, Consiliul are în vedere și faptul că în DUAE, acesta nu a declarat existența documentului constatator nr. 11181/27.05.2016, pe care ulterior, în cadrul răspunsului la clarificări și l-a recunoscut.

Având în vedere cele menționate anterior, Consiliul apreciază că, în acest caz, entitatea contractantă, în mod corect, a respins ca inacceptabilă oferta contestatoarei, în temeiul art. 180 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 99/2016, citat mai sus.

În ceea ce privește contestația formulată de Asocierea ..... SA constată că motivul de respingere a ofertei acesteia (conform adresei nr. 2600/24.05.....) este asemănător cu cel al contestatoarei anterioare, în sensul că are la bază doar dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, respectiv: „Liderul asocierii ... SAS si-a incalcat in mod grav sau repetat obligaţiile principale ce-i reveneau in cadrul unui contract de achiziţii publice, iar aceste incalcari au dus la incetarea anticipata a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancţiuni comparabile.

In aceste condiţii, in virtutea aplicarii unui tratament egal si facand aplicarea art. 182 din Legea nr. 99/2016, comisia de evaluare exclude din procedura de achiziţie ofertantul Asocierea ... SAS- ..... SA (...)”.

În legătură cu acest aspect, Consilul are în vedere că, în acest caz, asociatul ... SAS a declarat în DUAE existența documentului constatator nr. 9313/28.03.2016, emis de ... SA cu privire la pretinsa neîndeplinire a obligațiilor asumate prin contractul nr. 20722/ 19.09.2011.

De asemenea, Consiliul are în vedere demersurile autorităţii contractante asupra situației acestui document, astfel că, din documentele puse la dispoziție de aceasta, reiese că cererea de suspendare a documentului constatator nr. 9313/28.03.2016 (care face obiectul dosarului nr. 591/103/2016), referitor la neîndeplinirea obligaţiilor contractuale, a fost respinsă, conform Încheierii din data de 15.02....., emisă de Tribunalul Neamt, iar prin Hotărărea nr. 934/ 06.07....., a fost respins ca nefondat și recursul în dosarul având ca obiect „suspendare executare act administrativ”.

Prin urmare, având în vedere că acest document nu a fost suspendat de către instanță, efectele lui juridice nu pot fi înlăturate.

În concluzie, ținând seama și explicațiile date cu prilejul soluționării contestației anterioare, pe baza aceluiași raționament Consiliul constată că, și în acest caz, autoritatea contractantă a respins, în mod corect, ca inacceptabilă oferta Asocierii ... SAS- ..... SA, în temeiul art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016.

Față de cele expuse, Consiliul nu va mai analiza celelalte critici ale societăților contestatoare, deoarece caracterul inacceptabil al ofertelor lor nu mai poate fi înlăturat.

Referitor la eventualele concluzii orale, pe care Asocierea ... SA ... afirmă că le poate susţine în faţa CNSC-ului, în apărarea sa, raportându-

se la prevederile art. 21 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul, considerând că se află în posesia tuturor elementelor necesare soluţionării cu celeritate a cauzei, constată că nu se impune audierea părţilor.

Luând în considerare aspectele de fapt şi de drept mai sus prezentate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul respinge, ca nefondate, contestaţiile formulate de Asocierea ...și Asocierea ..... SA, în contradictoriu cu entitatea contractantă .....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi, în conformitate cu dispoziţiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 şi poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 alin. (1) din acelaşi act normativ.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondate, contestaţiile formulate de Asocierea ...și Asocierea ..... SA, în contradictoriu cu entitatea contractantă .....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi.

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare.

PREŞEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**.....**

Redactată în 5(cinci) exemplare, conține 49(patruzecișinouă) pagini.