CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

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

DECIZIE

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

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la CNSC sub nr. ...../....., SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., jud. ....., având CUI RO ....., înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr. ....., împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 3752/22.11....., emisă de către ....., cu sediul în ....., str. ....., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică, având drept obiect: „Servicii de proiectare și asistență tehnică în cadrul proiectului: Reabilitarea și extinderea sistemului de canalizare menajeră în ....., județul .....", cod CPV 71322200-3, s-a solicitat: anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii; anularea raportului procedurii; anularea comunicării către toți participanții la procedură cu privire la stabilirea câștigătorului procedurii.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

În preambul, contestatorul arată că s-a calificat în etapa de evaluare financiară, după decriptarea prețurilor, fiind clasat pe primul loc. Ulterior, autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări cu privire la documentul constatator nr. 37529/05.12.2017 emis de către Municipiul .... încărcat în SEAP cu nr. ..../12.06....., prin răspunsul la clarificări transmis, specificându-se că pe rolul instanțelor de judecată se regăsește un proces cu privire la acest document constatator ce face obiectul dosarului nr. ..../..../..... dosarul fiind în stadiu de recurs,

însă, autoritatea contractantă nu a ținut cont de aceste precizări, respingând oferta.

În acest sens, contestatorul apreciază că din analiza art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, se putea reține incidența dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, fiind necesară îndeplinirea a cel puțin două condiții cumulative, după cum urmează:

- existența unor grave sau repetate încălcări de către operatorul economic a obligațiilor principale dintr-un contract de achiziții publice, însă, după cum se poate constata din documentul constatator, nu există nici o încălcare gravă contractuală; de asemenea, documentul constatator nu prevede nici existența unei „*încălcări grave*" a obligațiilor contractuale, aspect evidențiat chiar de documentul constatator;
- existența unor încălcări grave sau repetate să fi condus la rezilierea contractului, plata de daune interese sau aplicarea de alte sancțiuni comparabile, însă, așa cum s-a specificat anterior, nu există încălcări grave sau repetate. Daunele interese trebuie să fie corelate cu un prejudiciu suferit de beneficiar, însă, în prezenta speță, beneficiarul nu a suferit niciun prejudiciu așa cum este și precizat în documentul constatator din interfața SEAP.

Contestatorul apreciază că documentul constatator nr. 37529/ 05.12.2017, nu se încadrează în prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Referitor la solicitarea autorității contractante cu privire la demonstrarea credibilității ca operator economic, contestatorul reiterează prevederile art. 167 alin.(1), lit. g) din Legea nr. 98/2016, menționând că legislația permite acceptarea în procedură a unui operator economic aflat în situația de excludere sus-menționată, (conform art. 171 din Legea nr. 98/2016, care transpune prevederile art. 57 paragraful (6) din Directiva 2014/24/UE) în cazul în care acesta poate furniza dovezi prin care să arate că a luat măsuri suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea, dovezi care se pot referi inclusiv la efectuarea de plăți sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate.

Astfel, în condițiile în care, în documentul constatator se menționează că nu există prejudicii, contestatorul consideră ca această condiție este îndeplinită pentru demonstrarea credibilității însăși din documentul constatator.

Totodată, contestatorul invocă și prevederile art. 171 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, arătând că în baza acestui articol și-a demonstrat credibilitatea.

Referitor la răspunsul primit de către autoritatea contractantă, de la Municipiul .... și invocat în raportul procedurii, contestatorul apreciază că acesta nu poate fi luat în calcul din următoarele motive:

- exista un litigiu pe rol între SC ..... SRL și Municipiul ....;

- SC ..... SRL a efectuat o plângere penală împotriva unor persoane din cadrul Municipiului .... pentru abuz în serviciu cu plata de daune interese;
- documentul constatator a fost publicat în mod ilegal în data de 12.06..... de către Municipiul .... încălcând astfel, dispozițiile art. 166 alin. (5) din Legea nr. 98/2016.

În vederea soluționării contestației ce face obiectul dosarului nr. ...../....., prin adresa nr. 49381/.....-...../27.11....., Consiliul solicită contestatorului, în temeiul art. 20 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, ca în termen de 3 zile de la data comunicării prezentei, să transmită: în temeiul art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, modificată și completată prin OUG nr. 45/....., recipisa de consemnare a cauțiunii în original în cuantumul prevăzut de lege. Modalitatea de constituire a cauțiunii se va face conform art. 1057 cpc coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016 la Trezoreria Statului, la CEC Bank - S.A. sau la orice altă instituție de credit care efectuează astfel de operațiuni, pe numele părții respective, la dispoziția CNSC și art. 1062 alin. (3) cpc care dispun în mod expres „Când există urgență, instanța va putea stabili cauțiunea și fără citarea părților. În acest caz, cauțiunea se va depune numai în numerar, într-un termen stabilit de instanță. (...)"; dovada datei la care a luat la cunoștință de actul atacat; dovada depunerii contestației la autoritatea contractantă; dovada primirii contestației de către autoritatea contractantă, certificată prin număr și dată de înregistrare la acesta, conform art. 12 din Legea nr. 554/2004, coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 962/03.12....., înregistrată la CNSC sub nr. 50311/04.12....., contestatorul depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 205082772/1, tranzacția nr. 803175767/ 1547684135 din data de 03.12....., emisă de CEC Bank – sucursala ....., în valoare de 2.2....,58 lei.

Autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice, în copie, prin adresa nr. 3846/29.11....., înregistrată la CNSC sub nr. 50122/03.12.....

Ulterior, prin adresa nr. 3....4/03.12....., înregistrată la CNSC sub nr. 50446/05.12....., autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la contestația în cauză, solicitând Consiliului respingerea ca neîntemeiată a acesteia, din considerentele ce vor fi expuse mai jos.

În ceea ce privește pretinsa excludere abuzivă invocată de contestator, autoritatea contractantă arată că în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016 *„comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și neconforme"*. Astfel, se poate constata că toate criteriile de calificare și selecție au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să

reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare.

Referitor la motivele de excludere, autoritatea contractantă invocă prevederile art. 57 alin. (4) lit. g) din Directiva 2014/24/UE. În acest sens arată că prin adresa nr. 28436/19.09..... emisă de către Primăria Municipiului .... i s-a comunicat motivul rezilierii contractelor din culpa exclusivă a contestatorului, constatându-se astfel existența unui dubiu asupra integrității operatorului economic în cauză. La luarea acestei măsuri, autoritatea contractantă susține că a ținut cont și de dispozițiile art. 167 alin. 1 lit. g) din Legea nr. 98/2016, condițiile care se cer a fi îndeplinite cumulativ în vederea dispunerii măsurii excluderii fiind:

a) încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale;

b) încălcarea obligațiilor principale să fi intervenit în derularea unuia dintre următoarele tipuri de contracte încheiate anterior: contract de achiziții publice, contract sectorial, contract de concesiune;

c) încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale să fi condus la una din următoarele consecințe (sancțiuni): încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese, alte sancțiuni comparabile.

În acest sens arată că îndeplinirea acestor condiții reiese din adresa transmisă de Primăria Municipiului ...., neavând relevanță împrejurarea că există pe rolul instanțelor judecătorești un proces în legătură cu legalitatea dispunerii acestor măsuri.

Astfel, autoritatea contractantă apreciază că în condițiile în care, contestația vizează un act administrativ, respectiv documentul constatator nr. 37529/05.12.2017 emis de Primăria Municipiului .... (dosar nr. ..../..../.....), acel act, potrivit legii contenciosului administrativ, se bucură de prezumția de legalitate, autenticitate și veridicitate, neexistența unei hotărâri din partea instanței de contencios administrativ competente prin care să fie anulat, în tot sau în parte, face ca acesta să continue să producă efecte. Astfel, documentul constatator este un act administrativ ce are caracter executoriu dacă nu a fost suspendat de instanță, astfel că dispozițiile acestuia produc efecte din momentul efectuării lui, neavând relevanță existența unui proces pe rol. De altfel, Tribunalul ....., ca instanța de fond, prin soluția pronunțată în dosarul nr. ..../..../..... a reținut netemeinicia acțiunii formulate, statuând că societatea în cauză nu și-a îndeplinit obligația de a trece la elaborarea etapei a doua a serviciilor de proiectare contractate, care constituie o neîndeplinire gravă a obligațiilor asumate. în acest sens sunt aplicabile prevederile art. 167 alin. 8 din Legea 98/2016, potrivit cărora „în sensul dispozițiilor alin. (1) lit. g) se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări

care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract".

În ceea ce privește necomunicarea cuantumului prejudiciului suferit de Primăria Municipiului ...., autoritatea contractantă menționează că la data solicitării informațiilor, prejudiciul nu a fost determinat încă, acest aspect neînsemnând inexistența prejudiciului, având în vedere că ulterior întinderea acestuia a fost determinat. De asemenea, îndeplinirea condițiilor prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 vizează o perioadă recentă, respectiv cursul anului 2017, astfel că măsura excluderii dispuse este una temeinică și legală.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată online, într-o singură etapă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „Servicii de proiectare și asistență tehnică în cadrul proiectului: Reabilitarea și extinderea sistemului de canalizare menajeră în ....., județul .....", cod CPV 71322200-3, elaborând în acest sens documentația de atribuire aferentă și publicând, în SICAP, anunțul de participare simplificat nr. ...../....., potrivit căruia valoarea estimată fără TVA, este 114.328,91 lei, criteriul de atribuire fiind „cel mai bun raport calitate-preț".

Din adresa de comunicare ..... procedură nr. 3752/22.11....., Consiliul reține că SC ..... SRL a fost exclus ținând cont de prevederile de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, având în vedere existența documentului constatator negativ nr. 37529/05.12.2017 emis Municipiul .....

În cadrul procesului verbal de evaluare a ofertelor înregistrat sub nr. 2910/14.09....., autoritatea contractantă a analizat DUAE depus de contestator și a constatat că „pe numele ofertantului SC ..... SRL a fost emis documentul constatator nr. 37529/05.12.2017 (...) de către Municipiul ...., cu obiect „Servicii de proiectare și asistență tehnică din partea proiectantului pentru obiectivul „Extindere rețea de canalizare menajeră în sistem divisor și distribuție apă pe strada Crizantemei din Municipiul ...." care nu a fost îndeplinit în mod corespunzător, a fost reziliat", motiv pentru care a decis solicitarea de clarificări.

Prin adresa nr. 2912/14.09....., comisia de evaluare a solicitat contestatorului să explice neconcordanțele din cadrul DUAE „cu fapte, respectiv se solicită dovezi care să arate că măsurile luate de dvs. sunt suficiente pentru a demonstra în concret credibilitatea".

Prin adresa nr. 811/19.09..... contestatorul a răspuns autorității contractante „cu privire la documentul constatator negativ nr. 37529/05.12.2017 precizăm că acesta a fost introdus abuziv de către Municipiul .... acesta făcând obiectul dosarului nr. ..../..../..... fiind un proces pe rol. Având în vedere faptul că există proces pe rol până la pronunțarea unei decizii definitive acest document constatator nu poate fi luat în calcul"

Prin adresa nr. 2913/14.09..... (pag. 609 din dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei), autoritatea contractantă solicită Municipiului .... în calitatea sa de emitent al documentului constatator nr. 37529/05.12.2017 „în documentul constatator este menționat să nu este posibilă cuantificarea prejudiciilor care au fost sau care ar putea fi aduse pe perioada derulării contractului la momentul respectiv. Vă rugăm să ne furnizați informații, dacă între timp aceste prejudicii au fost cuantificate și dacă este cazul nivelul acestora".

Primăria Municipiului .... a răspuns prin adresa nr. 28936/ 19.09..... în sensul că în data de 20.04.2017 a încheiat cu SC ..... SRL un număr de 3 contracte care au fost reziliate din culpa prestatorului urmare a refuzului acestuia de a completa documentația și de a continua prestarea serviciilor de proiectare fază Proiect tehnic și Asistență tehnică, iar prin adresa nr. 11671/25.04..... a solicitat Biroului Juridic să facă demersurile necesare recuperării prejudiciului de 3.750 lei reprezentând contravaloarea studiilor geotehnice. Primăria Municipiului .... menționează că, la data prezentei, pentru obiectivul de investiții „Extindere rețea de canalizare menajeră în sistem divizor și distribuție apă pe strada Crizantemei din Municipiul ...." prejudiciul este în sumă de 6.300 lei, pentru obiectivul de investiții „Extindere rețea de distribuție apă și rețea de canalizare în Municipiul .... – Priseaca – pe străzile Teilor, Prisecii, Plantelor, Pădurii și Crângului" prejudiciul s-a majorat cu suma de 25.406,50 lei, iar pentru obiectivul de investiții „Extindere rețea de canalizare menajeră și distribuție apă pe strada Intrarea Teiș, Municipiul ...." prejudiciul s-a majorat cu suma de 5.831 lei, sens în care anexează documente.

În prezenta cauză, Consiliul va reține incidența următoarelor norme juridice*:*

- art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016: *„Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege";*
- art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016: *„Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: (...) g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior,* ***iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract****, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile".*
- art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016: *„În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. g) se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu <u>exemplificativ</u>, neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/executarea unor produse/ servicii/lucrări care prezintă*

neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract";

- art. 171 alin. (1), (2), (3) și (5) din Legea nr. 98/2016: *„(1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere. (2) În cazul în care autoritatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire. (3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 le poate furniza autorității contractante, în sensul prevederilor alin. (1), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația, și la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite. (5) În cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situațiile de excludere prevăzute la art. 164 și 167 nu se aplică: (...) b) dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant".*

În soluționare Consiliul reține și faptul că dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) transpun prevederile art. 57 alin. (4) lit. g) din Directiva 2014/24/UE *„Autoritățile contractante pot exclude sau statele membre le pot solicita acestora să excludă de la participarea la o procedură de achiziție publică orice operator economic aflat în oricare din următoarele situații: (...)* ***dacă operatorul economic a dat dovadă de deficiențe semnificative sau persistente la îndeplinirea unei cerințe de fond prevăzute de un contract de achiziții publice anterior, de un contract anterior încheiat cu o entitate contractantă sau de un***

contract de concesiune anterior <u>care au dus la încetarea anticipată a respectivului contract anterior</u>, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile".

Motivul reglementării acestei cerințe de excludere se regăsește în cadrul considerentului 101 para. (2) și (3) al Directivei 2014/24/UE *„Ținând seama de faptul că autoritatea contractantă va fi responsabilă pentru consecințele eventualei sale decizii eronate, autoritățile contractante ar trebui, de asemenea, să dispună în continuare de libertatea de a considera că a existat o abatere profesională gravă, în cazul în care, înainte de luarea unei decizii finale și obligatorii privind prezența motivelor obligatorii de excludere, pot demonstra, prin orice mijloace adecvate, că operatorul economic a încălcat obligațiile care îi revin, inclusiv obligațiile legate de plata impozitelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale, cu excepția unor dispoziții contrare dreptul intern.* ***Acestea ar trebui, de asemenea, să fie în măsură să excludă candidați sau ofertanți a căror <u>performanță în alte contracte de achiziții publice din trecut a arătat deficiențe majore</u> în ceea ce privește cerințele de fond****, de <u>exemplu</u>, <u>nerespectarea obligației de</u> a <u>furniza</u> sau de a executa, <u>deficiențe semnificative ale</u> <u>produsului</u> sau ale serviciului furnizat, ceea ce le face inutilizabile pentru scopul propus,* ***<u>sau un comportament necorespunzător care aruncă îndoieli serioase cu privire la fiabilitatea operatorului economic</u>****. Legislația națională ar trebui să prevadă o durată maximă pentru aceste excluderi.*

*Atunci când aplică motive facultative pentru excludere****, autoritățile contractante ar trebui să fie atente în mod special la principiul proporționalității****. <u>Neregulile minore ar trebui să ducă la excluderea unui operator economic doar în circumstanțe excepționale</u>. Cu toate acestea, <u>cazurile repetate de nereguli minore pot arunca asupra fiabilității unui operator economic un dubiu care ar putea justifica excluderea lui.</u>*"

Față de aceste aspecte, Consiliul reține că atât legiuitorul comunitar cât și cel național (textele art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 fiind similare celor art. 57 alin. (4) lit. g) din Directiva nr. 2014/24/UE) a conferit autorității contractante competența:

- să constate **deficiențele semnificative** sau cele care persistă în **îndeplinirea obligațiilor de fond din cadrul unui contract de achiziții încheiat anterior**, **contract care ulterior fie a fost reziliat**, fie a implicat plata unor daune interese, fie au fost aplicate alte sancțiune comparabile; legiuitorul român definind la art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016 ce înțelege prin noțiunea de încălcări grave ale obligațiilor contractuale, definiție care a avut la bază teza finală a para. (2) și a para. (3) din cadrul considerentelor 101 din Directiva nr. 2014/24/UE antemenționate.

Prin folosirea conjuncției disjunctive „*sau*" în cadrul lit. g) alin. (1) art. 167 din Legea nr. 98/2016 legiuitorul a impus îndeplinirea unor **condiții alternative** și nu cumulative.

Față de aceste aspecte rezultă că atât legiuitorul comunitar cât și cel național, în cadrul noii directive în domeniul achizițiilor a dorit să facă o distincție clară între noțiunile de *„abatere profesională gravă”* și *„deficiențe semnificative ale obligațiilor contractuale”*

Față de cele de mai sus, Consiliul apreciază că, pentru a uza de dreptul conferit de norma legală mai sus reiterată respectiv de a exclude un ofertant din cadrul procedurii, autoritatea contractantă trebuie să verifice dacă sunt îndeplinite următoarele condiții cumulative:

- ofertantul să fi încălcat grav sau repetat în ultimii 3 ani obligațiile principale în cadrul unui contract de achiziție publică al unui contract de achiziții publice, de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior;
- încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale să fi condus la una din următoarele consecințe (sancțiuni): încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese, alte sancțiuni comparabile.

Condițiile cumulative arătate sunt completate de precizarea adusă prin art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, precizare citată mai sus, în sensul că perioada de timp scursă de la momentul la care s-au petrecut evenimentele (încălcările obligațiilor principale) să nu fi depășit o perioadă de 3 ani.

În același timp, alin. (8) al art. 167 din Legea nr. 98/2016, citat mai sus, aduce lămuriri asupra modului în care vor fi interpretate încălcările grave ale obligațiilor contractuale, prezentând exemple concrete, printre acestea regăsindu-se și **neexecutarea contractului**.

Referitor la mijloacele de probă de care dispun autoritățile contractante pentru verificarea incidenței art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, Consiliul va reține că, legiuitorul nu a impus existența unui anumit înscris, având un anumit conținut, însă potrivit art. 166 alin. (3) și (4) din HG nr. 395/2016*, „(3) Autoritatea contractantă are următoarele obligații:*

a) să elibereze un exemplar al documentului constatator contractantului;

b) să păstreze un exemplar la dosarul achiziției publice” și „(4) Documentele constatatoare emise de către entitatea contractantă în conformitate cu prevederile alin. (1) și (2) pot fi contestate potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare”.

Susținerile contestatorului privind faptul că documentul constatator nr. 37529/05.12.2017 emis de Municipiul .... nu se încadrează în prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) nu pot fi reținute având în vedere următoarele aspecte:

Consiliul constată, verificând portalul instanțelor că pe rolul Tribunalului ..... s-a aflat dosarul nr. ..../..../..... prin Hotărârea nr. .../..... pronunțată la data de 15.10..... „Respinge excepția inadmisibilității cererii ca neîntemeiată. Respinge cererea de anulare a

documentului constatator nr. 37529/05.12.2017 ca nefondată. Cu drept de recurs în termen de 15 zile de la comunicare. Recursul se depune la Tribunalul ..... Respinge cererea de suspendare a executării documentului constatator nr. 37529/05.12.2017 ca neîntemeiată. Cu drept de recurs în termen de 5 zile de la comunicare. Recursul se depune la Tribunalul ..... Pronunțată în ședință publică." Această decizie a rămas definitivă, având în vedere că prin Hotărârea nr. 3174/..... pronunțată la data de ..... Curtea de Apel ..... a „Respinge recursul, ca nefondat. Definitivă".

Astfel documentul constatator nr. 37529/05.12.2017, este în vigoare și își produce efectele juridice.

Rolul acestor documente constatatoare emise în temeiul art. 166 din HG nr. 395/2016 este de a oferi celorlalte autorității contractante care inițiază în viitor proceduri, informații cu privire la îndeplinirea sau neîndeplinirea corespunzătoare a contractelor anterioare, este o *„oglindă a operatorul economic executant/ prestator/ furnizor*". În acest context, Consiliul constată că membrii comisiei de evaluare au solicitat clarificări emitentului acestui document constatator, respectiv Primăria Municipiului .....

Din răspunsul comunicat de Primăria Municipiului ...., rezultă că acesta din urmă a semnat cu SC ..... SRL 3 contracte care au fost ulterior reziliate.

Toate aceste documente formează convingerea Consiliului că autoritatea contractantă a făcut în mod corect aplicarea prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 care reglementează situațiile în care o ofertă poate fi exclusă.

Referitor la critica contestatorului cu privire la faptul că în documentul constatator nu există prejudicii, Consiliul nu o poate reține în soluționare având în vedere faptul că legislația în domeniu atât cea națională cât și cea comunitară s-a modificat în sensul că în cadrul noilor reglementări legiuitorul are în vedere o *„încălcare gravă*" chiar *„neregulile minore*" repetate care pot arunca asupra fiabilității unui operator economic un dubiu care ar putea justifica excluderea lui și care au dus la încetarea anticipată a respectivului contract anterior, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile, și nu de o *„abatere gravă*" însoțită de existența unui *„prejudiciu grav*". Este evident că, în condițiile în care neexecutarea contractului in cauză a condus la rezilierea lui, acest fapt a fost de natură să producă grave prejudicii autorității contractante, aceasta fiind în situația de a achiziționa serviciile de care avea nevoie prin organizarea unei noi proceduri de achiziție publică. În aceste condiții Consiliul apreciază că decizia autorității contractante de a respinge oferta contestatorului este legală și temeinică. ***Acest raționament se regăsește și în decizia nr. 15/2012 a Înaltei Curți de Casație și Justiție.***

Astfel cum a reținut și ***Curtea de Apel București, în Decizia nr. 4407/2015***, raportat la Directiva 18/2004/CE în Secțiunea 2 a

Capitolului VII la art. 45 – Situația personală a candidatului sau a ofertantului, alineatul (2) sunt enumerate criteriile care pot conduce la excluderea ofertanților dintr-o procedură. Mai concret, litera d) din cuprinsul alineatului respectiv indică faptul că poate fi exclus de la participarea la un contract un operator economic *„care s-a făcut vinovat de o gravă abatere profesională, dovedită prin orice mijloace pe care autoritățile contractante le pot justifica*".

În speța C-465/11 Forposta SA, ABC Direct Contact sp. z o.o. vs. Poczta Polska S.A. care a avut ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Krajowa Izba Odwotawcza (Polonia) privind interpretarea art. 45 (2) litera (d) din Directiva 2004/18/CE coroborat cu articolul 53 (3) și cu articolul 54 (4) din Directiva 2004/17/CE, Curtea a arătat următoarele:

- noțiunea *„abatere gravă*" trebuie să fie înțeleasă ca referindu-se în mod normal la un comportament al operatorului economic în cauză care denotă o intenție culpabilă sau neglijență de o anumită gravitate din partea sa. Astfel, orice executare incorectă, imprecisă sau defectuoasă a unui contract sau a unei părți din acest contract poate demonstra eventual o competență profesională limitată a operatorului economic în cauză, dar nu echivalează în mod automat cu o abatere gravă;

- constatarea existentei unei *„abateri grave*" necesită, în principiu, efectuarea unei aprecieri concrete și individualizate a atitudinii operatorului economic în cauză;

- reglementarea națională [din legea poloneză] impune autorității contractante să excludă de la procedura de atribuire a unui contract de achiziții publice un operator economic în ipoteza în care, din cauza unor circumstanțe care *„sunt imputabile*" acestuia din urmă, autoritatea respectivă a reziliat sau a denunțat unilateral un contract încheiat cu operatorul economic în cauză în cadrul unui contract de achiziții publice anterior;

- noțiunea *„motive imputabile*" este foarte largă și poate cuprinde situații care depășesc cu mult o atitudine a operatorului economic în cauză care denotă o intenție culpabilă sau neglijență de o anumită gravitate din partea sa [...] noțiunea *„abatere gravă*", nu poate fi înlocuită cu noțiunea *„motive imputabile*" operatorului economic în cauză.

De asemenea, Curtea a reținut că, deși din cuprinsul articolului 54 alineatul (4) din Directiva 2004/17 reiese ca autoritățile contractante pot stabili criterii de selecție calitativă în plus față de criteriile de excludere enumerate la articolul 45 din Directiva 2004/18, totuși, conform unei jurisprudențe constante a Curții, articolul 45 alineatul (2) din această din urma directivă enumeră în mod exhaustiv cauzele care pot să justifice excluderea unui operator economic de la participarea la un contract pentru motive, întemeiate pe elemente obiective, privind calitățile sale profesionale și se opune, în consecință, ca statele membre să completeze

lista pe care o cuprinde cu alte cauze de excludere întemeiate pe criterii referitoare la calitatea profesională.

Având în vedere cele mai sus menționate, Consiliul reține că prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) nu trebuie utilizate ca un instrument de excludere a oricărui operator economic care a greșit la un moment în contextul îndeplinirii unui contract. Din considerațiile făcute de Curte în cazul C-465/11, se reține că aprecierea lăsată la latitudinea autorității contractante nu trebuie interpretată ca fiind echivalentă cu un drept ce poate fi exercitat în orice condiții, existând de fapt un cumul de condiții care urmează a fi îndeplinite pentru ca decizia de excludere sa poată fi considerată una corectă.

Prin urmare, nu orice neîndeplinire a unor clauze contractuale poate să genereze aplicarea dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) Legea nr. 98/2016.

În mod evident, în perioada derulării unui contract sunt inerente anumite deficiențe mai ales în cadrul unor proiecte complexe.

Faptul că nerespectarea obligațiilor asumate de prestatorul SC ..... SRL a condus nu doar la calcularea de simple penalități, ci chiar la rezilierea celor 3 contracte demonstrează gravitatea abaterilor acestui operator economic în relația contractuală cu Primăria Municipiului ...., abateri pe care autoritatea contractantă ..... urmărește, în mod corect și întemeiat, să le evite în contractul ce face obiectul prezentei proceduri de atribuire.

Analizând documentul constatator Consiliul constată următoarele:

Referitor la prima condiție impusă de lege*: „ofertantul să fi încălcat grav sau repetat în ultimii 3 ani obligațiile principale în cadrul unui contract de achiziție publică al unui contract de achiziții publice, de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior”,* din cuprinsul acestuia se constată că contractul nu a fost îndeplinit în mod corespunzător, așadar încălcarea obligațiilor principale prin însăși natura lor este gravă.

A doua condiție impusă de lege*: „încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale să fi condus la una din următoarele consecințe (sancțiuni): încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese, alte sancțiuni comparabile”,* din cuprinsul documentelor constatatoare, se constată că autoritățile contractante confirmă că nerespectarea obligațiilor principale datorate culpei contestatorului motiv pentru care contractul a fost reziliat, prejudiciul fiind stabilit de către Primăria Municipiului .... ulterior așa cum rezultă din înscrisurile antemenționate.

În mod evident că legiuitorul a prezumat a fi suficiente pentru ca operatorul să își dovedească credibilitatea, însă în speță, contestatorul atât în fața comisiei de evaluare a menționat doar faptul că a formulat acțiune în anulare a respectivului document, acțiune care a fost respinsă în mod definitiv și irevocabil.

Fără a întreprinde alte demersuri în dovedirea credibilității prin adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea, contestatorul a încălcat astfel prevederilor art. 249 cpc *„cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege*".

Astfel, fiecare parte litigantă are obligația de a-și dovedi pretențiile, susținerile, prin producerea unor mijloace de probă legale, verosimile, pertinente și concludente, potrivit principiului de drept *„probatio incumbit ei qui digit, non ei qui negat*".

Având în vedere prevederile art. 68 din Legea nr. 101/2016, Consiliul va reține în soluționare faptul că literatura juridică dar și practica judiciară, a statuat că în cadrul procesului civil sarcina probei este împărțită între reclamant și pârât, în speță între contestator și autoritatea contractantă, la care se adaugă și rolul activ al Consiliului care, potrivit art. 254 alin. (5) c.p.c, poate ordona administrarea probelor considerate necesare chiar dacă părțile se împotrivesc.

Cu toate acestea, existența rolului activ al Consiliului nu poate conduce la concluzia că întreaga sarcina a probei ar cădea asupra Consiliului, ceea ce nu se întâmpla nici măcar în cadrul dosarelor supuse principiului oficialității, sau ca nerespectarea dispozițiilor legale cu privire la propunerea și administrarea probelor nu ar avea pentru părți consecințe procedurale.

Pe cale de consecință, în măsura în care partea ce formulează anumite critici, susțineri nu este solitară în efortul de a proba, aceasta rămâne singura sancționată în caz de eșec, deoarece dacă nu administrează probele care să convingă Consiliul, cu toată eventuala colaborare a adversarului și în pofida rolului activ al Consiliului, va pierde dosarul, iar adversarul va triumfa.

În speță, aplicând principiile cu caracter teoretic enunțate mai sus, Consiliul apreciază că, în soluționarea contestației, societatea contestatoare ar fi trebuit ca, în prealabil, să își dovedească prin orice mijloace de probă susținerile din cadrul contestației.

Ori, contestatorul s-a limitat la face simple afirmații și nu dovedește în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. b) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare s-a făcut, în cazul ofertei contestatorului, cu rigurozitatea impusă de

legislația în domeniu și, pe cale de consecință, criticile acestuia privind nelegalitatea evaluării propriei sale oferte sunt nefondate, urmând să fie respinse.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu .....

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu .....

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare.

Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare	PREȘEDINTE	Consilier de soluționare
.....	.....	.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 14 (patrusprezece) pagini.