

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, București, România, CIF 20329980, CP 030084
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 ; +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, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. / /

Data:

Prin contestația nr. /, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. /, formulată de SC SRL, cu sediul în, ..., județul, înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI RO, reprezentată legal prin .., împotriva adresei nr. 15103/08..... dosar IXC/3 comunicată la data de 12.08....., precum și a adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 11862/05.08....., emise de către JUDEȚUL (CONSILIUL JUDEȚEAN), cu sediul în, ..., județul, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de „licitație deschisă” cu etapa finală de licitație electronică, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având drept obiect: „Furnizarea și distribuirea produselor lactate și de panificație preșcolarilor din grădinițele de stat și private cu program normal de 4 ore, elevilor din clasele pregătitoare și elevilor din clasele I-VIII din învățământul de stat și privat, din județul, în anul școlar-2017”, cod CPV 15511210-8, 15511100-4, 15551310-1, 15811000-6, 60000000-8, s-a solicitat: „..... SRL”.

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

Prin contestația nr. /, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. /, formulată de SC SRL, împotriva adresei nr. 15103/08..... dosar IXC/3 comunicată la data de 12.08....., precum și a adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 11862/05.08....., emise de către JUDEȚUL (CONSILIUL JUDEȚEAN), în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de „licitație deschisă” cu etapa finală de licitație electronică, organizată în vederea atribuirii contractului de

achiziție publică, având drept obiect: „Furnizarea și distribuirea produselor lactate și de panificație preșcolarilor din grădinițele de stat și private cu program normal de 4 ore, elevilor din clasele pregătitoare și elevilor din clasele I-VIII din învățământul de stat și privat, din județul, în anul școlar-2017”, cod CPV 15511210-8, 15511100-4, 15551310-1, 15811000-6, 60000000-8, s-a solicitat: „..... SRL”.

Contestatorul precizează că în ceea ce privește capacitatea tehnică și/sau profesională, în raport cu cerințele fișei de date, aferente lotului 2, a prezentat, în condițiile art. 190 din OUG nr. 34/2006, angajament de susținere din partea terțului susținător SC ...SRL, demonstrând în acest sens, îndeplinirea cerințelor referitoare la resursele tehnice - echipamentele, inclusiv cerința ce viza dovada deținerii în proprietate/închiriere sau altă formă de deținere a spațiilor de depozitare pentru produsele oferite și personalul necesar îndeplinirii contractului de achiziție publică. Potrivit dispozițiilor art. 190 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare: „Persoana care asigură susținerea tehnică și profesională nu trebuie să se afle în situația care determină excluderea din procedura de atribuire, conform prevederilor art. 180 și ale art. 181 lit. a).) și d)”, sens în care, din partea terțului susținător SC ...SRL, pe lângă angajamentul ferm asumat de SC ...SRL și actele adiacente, s-au prezentat și declarațiile pe propria răspundere privind atât neîncadrarea în prevederile art. 180 din OUG nr. 34/2006 cât și neîncadrarea în prevederile art. 181 lit. a), ...) și d) din OUG nr. 34/2006.

Ulterior, prin adresa nr. 11862/05.08....., autoritatea contractantă comunică rezultatul procedurii, conform căruia, oferta a fost exclusă din procedură, prin aplicarea prevederilor art. 181 alin. (1) lit.) din OUG nr. 34/2006, motivat de faptul că: „SC ...SRL și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale, ceea ce a dus la rezilierea contractelor”. În luarea deciziei de excludere din procedură, prin aplicarea prevederilor art. 181 alin. (1) lit.) din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă, se prevalează de adresa - răspunsul ..., înregistrat sub nr. 13829/20.07..... ce comunică rezilierea contractului subsecvent nr. 3709/26.02.2015 și a acordului cadru 7008/2 /29.04.2014 încheiat cu SC ...SRL, în baza clauzei contractuale 9.1: „Nerespectarea obligațiilor asumate prin acordul cadru de către una din părți, în mod culpabil și repetat (maxim două sesizări) dă dreptul părții lezate de a rezilia unilateral acordul cadru prin transmiterea unei notificări cu minim 10 zile înaintea rezilierii”.

Ținând cont de dispozițiile art. 181 din OUG nr. 34/2006, contestatorul apreciază că decizia autorității contractante de a exclude oferta din procedura de atribuire, prin aplicarea prevederilor art. 181 alin. (1), lit.) din OUG nr. 34/2006, este o decizie abuzivă, în cazul de față, reprezentând un exces de putere al autorității contractante. Astfel, prevederile art. 181 din OUG nr. 34/2006 îi conferă autorității

contractante un drept, respectiv, acea posibilitate, prerogativă a subiectului de drept (activ) de a acționa într-un anume fel și de a pretinde o anumită conduită din partea celorlate subiecte (pasive). Cei doi vectori care determină existența dreptului subiectiv sunt: voința și interesul subiectului de drept, aceste elemente desăvârșind structura dreptului subiectiv. Dreptul (posibilitatea) prevăzut(ă) de art. 181 lit.) din OUG nr. 34/2006 este complinit(ă) de obligația statuată de prevederile art. 182 alin. (1) din OUG nr. 34/2006. În speța de față, contestatorul consideră că autoritatea contractantă nu respectă obligația legală, nu solicită ofertantului nici o clarificare referitor la neîndeplinirea sau îndeplinirea defectuoasă a obligațiilor contractuale asumate de terțul susținător SC ...SRL ci, consideră temeinic și legal, făcând aplicabilitatea prevederilor art. 182 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, să excludă din procedura de atribuire oferta, prevalându-se doar de un răspuns, o adresa din partea ... ce face referire la rezilierea unui contract subsecvent respectiv acord cadru.

În opinia contestatorului, în speța de față, nu se face dovada întrunirii cumulative a condițiilor prevăzute de art. 181 lit.) din OUG nr. 34/2006, din probatoriu administrat rezultând faptul că, terțul susținător SC ...SRL, prin activitatea desfășurată în cadrul acordului cadru de achiziție publică nr. 7008/2/29.04.2014, nu a produs grave prejudicii / pagube autorității contractante ..., situație în care, comisia de evaluare a ofertelor din cadrul autorității contractante CONSILIUL JUDEȚEAN nu poate cuantifica prejudiciul pe care l-ar fi suferit Astfel, din Documentul constatat primar nr. 5045 emis în data de 17.03.2015 de către ..., referitor la îndeplinirea obligațiilor contractuale aferent acordului cadru nr. 7008/2/29.04.2014, document emis în conformitate cu prevederile HG nr. 925/2006 rezultă că prin nerespectarea termenelor de livrare, terțul susținător SC ...SRL nu a produs prejudicii autorității contractante; de asemenea, din extrasul - document constatat postat în SEAP sub nr.20654 rezultă că prin rezilierea acordului cadru nr. 7008/2/29.04.2014, nu au fost produse prejudicii autorității contractante.

Așadar, contestatorul susține că, în condițiile în care emitentul documentului constatat, ... nu a cuantificat un prejudiciu, nu a valorificat o pagubă, nu a solicitat recuperarea ei, aprecierea existenței și gravității prejudiciului de către comisia de evaluare din cadrul autorității contractante CONSILIUL JUDEȚEAN nu poate fi făcută, ceea ce denota o depășire a atribuțiilor comisiei de evaluare a ofertelor raportat la prevederile art. 72 alin.2 din HG nr. 925/2006.

În ceea ce privește răspunsul la notificarea prealabilă - decizia evidențiată sub nr. 15103/_08..... Dosar nr. IXC/3 comunicată la data de 12.08....., contestatorul consideră că autoritatea contractantă se subroga în drepturile autorității contractante ..., ceea ce excede atribuțiilor sale conferite prin HG nr. 925/2006, luând în considerare o situație ipotetică a unui „potențial prejudiciu”. Contrar

alegațiilor autorității contractante noțiunea de prejudiciu - element esențial al răspunderii civile (delictuale sau contractuale) include despăgubirea care se acorda și este întotdeauna patrimonială. Dacă prejudiciul este apreciat/evaluat în bani, prejudiciul este patrimonial; dacă prejudiciul nu este susceptibil de evaluare bănească este prejudiciu moral (nepatrimonial). Astfel, având în vedere natura și relațiile contractuale cu SC ...SRL, la momentul rezilierii contractului subsecvent și acordului cadru identificate în documentul constatator, în raport de împrejurările cauzei, ... a apreciat că nu se impune cuantificarea unei pagube/unui prejudiciu. În atare condiții, CONSILIUL JUDEȚEAN, în procedura de față, nu poate cuantifica prejudiciul în locul ...

În ceea ce privește Decizia atașată de autoritatea contractantă - decizia ICCJ nr. 15/2012 drept practică judiciară în luarea deciziei de excludere a subscrisei și soluționarea notificării prealabile, contestatorul consideră că nu prezintă relevanță din punct de vedere juridic, în prezenta speța, situația de față fiind cu totul alta decât cea din analiza deciziei nr. 15/2012 - instituția autorității contractante fiind aceeași - cea care solicita încetarea unilaterală a contractului ca urmare a neîndeplinirii sau îndeplinirii defectuoase a obligațiilor contractuale cu cea care, în cadrul unei alte proceduri decide respingerea operatorului economic având în vedere prevederile art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006. În aceste condiții, contestatorul consideră că în mod netemeinic și nelegal autoritatea contractantă a decis excluderea din procedura de atribuire prin aplicarea prevederilor art. 181 alin. 1 lit.) din OUG nr. 34/2006, a ofertei depuse de SC SRL

În vederea soluționării contestației în cauză, prin adresa nr. 25167/.....-...../18.08....., Consiliul solicită autorității contractante dosarul achiziției publice, precum și documentele de calificare ale contestatorului, în copie certificată, în conformitate cu dispozițiile art. 18, art. 20 din Legea nr. 101/....., coroborat cu art. 236 alin. (2) din Legea nr. și art. 213 din OUG nr. 34/2006, precum și dovada respectării prevederilor art. 16 alin. (2) și art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/....., în termen de 5 zile lucrătoare de la data comunicării prezentei, sub sancțiunea reglementată de art. 20 alin. (5) din actul normativ antemenționat. De asemenea, în situația în care autoritatea contractantă a adoptat vreo măsură de remediere, Consiliul a solicitat transmiterea dovezii respectării prevederilor art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/.....

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 25421/19.08....., autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la contestația în cauză. De asemenea, prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 25489/22.08....., autoritatea contractantă transmite documentele solicitate de către Consiliu.

Cu privire la criticile formulate de contestator, autoritatea contractantă precizează următoarele:

- referitor la excluderea din procedură a ofertei contestatorului, prevederile art. 181 alin.(1) lit.) din OUG 34/2006, dispun că „autoritatea contractantă are dreptul de a exclude dintr-o procedură pentru atribuirea contractului de achiziție publică orice ofertant/candidat care se află în oricare între următoarele situații: (...)) în ultimii 2 ani nu și-a îndeplinit sau și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale, din motive imputabile ofertantului în cauză, fapt care a produs sau este de natură să producă grave prejudicii beneficiarului acestuia”; această reglementare este aplicabilă și terțului susținător, în speță SC ...SRL care asigură ofertantului contestator susținerea capacității tehnice și profesionale;
- astfel, ținând cont de textul de lege invocat, rezultă că legiuitorul a reglementat ca situație în care autoritatea contractantă are dreptul să excludă de la procedură un operator economic și ipoteza în care neîndeplinirea/îndeplinirea defectuoasă a obligațiilor contractuale asumate de acesta (implicit de terțul susținător) în ultimii 2 ani să fi fost de natură a produce prejudicii beneficiarului;
- din perspectiva celor mai sus arătate, indiferent de faptul că fostul partener contractual - ..., nu și-a cuantificat în mod efectiv un prejudiciu în Documentul constatare primar nr. 5045 emis în data de 17.03.2015, aceasta nu este de natură a înlătura culpa operatorului economic SC ...SRL în executarea acelui contract, care a condus de altfel la rezilierea acestuia și în nici un caz nu poate exclude potențialul de producere a prejudiciului în detrimentul beneficiarului contractării, o asemenea conduită contractuală culpabilă; în sensul reglementării reținute de comisia de evaluare, în speța de față, un comportament contractual „de natură să producă grave prejudicii beneficiarului”, echivalează cu simpla sistare a furnizării produselor la beneficiarii finali - preșcolari/elevi, după caz, în timpul anului școlar, fără ca pentru aceasta să fie nevoie de vreo altă cuantificare de natură materială a prejudiciului;
- în același sens, trebuie interpretat și documentul constatare emis de ..., această unitate sanitară fiind pusă, prin rezilierea contractului cu SC ...SRL, în postura de a achiziționa produsele de care avea nevoie prin organizarea unei noi proceduri de achiziție publică. Ori acest fapt constituie prejudiciu prin el însuși, chiar dacă nu ar presupune și o componentă materială (ceea ce este exclus oricum, cel puțin din perspectiva costurilor de relicitare, cu resursa umană implicată, etc.). Astfel pentru o perioadă de timp (necesară relicitării produsului) autoritatea contractantă în cauză a fost pusă într-o serioasă dificultate în ceea ce privește realizarea atribuțiilor și competențelor sale, fiind nevoită să identifice soluții alternative pentru serviciul ce presupune prin natura sa, asigurarea unui regim de permanență;

- astfel, în mod similar și în speța de față, autoritatea contractantă are obligația asigurării permanenței furnizării produsului contractat pentru toate zilele de curs pe parcursul întregului an școlar, iar într-o eventuală reziliere de contract este prejudiciabilă prin ea însăși, din perspectiva atribuțiilor legale ce revin autorității publice, fără a mai fi nevoie și de un prejudiciu material, prin simpla punere a autorității în imposibilitatea de a implementa Programul Guvernamental pe care îl gestionează;
- mai mult, trebuie reținută și importanța programului de furnizare și distribuire a produselor lactate și de panificație care își propune să asigure o gustare echilibrată în timpul anului școlar, acoperind o parte din necesarul nutrițional zilnic al copiilor cu un mix optim de nutrienți de calitate (proteine, lipide, glucide, minerale și vitamine). Astfel, copiii consumă alimente recomandate de nutriționiști și își formează obiceiuri alimentare sănătoase, mai ales în contextul în care foarte mulți copii nu obișnuiesc să ia micul dejun înainte de a pleca de acasă. Or, interesul major al copilului trebuie protejat și primează în orice situație.
- în sprijinul argumentelor mai sus arătate, autoritatea contractantă invocă Decizia nr. 15/2012 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție în dosarul nr. 3937/2/2011, anexată prezentului punct de vedere, ca practică judiciară;
- mai mult, pe site-ul www.e-licitatie.ro s-a identificat și un alt document constatator având nr.9/2/3048/27.11.2014, referitor la contractul încheiat între același operator SC ...SRL și ..., care de asemenea nu a fost îndeplinit corespunzător. Această conduită are relevanță atâta vreme cât ofertantul contestatar își asigură susținerea capacității tehnice și profesionale cu sprijinul SC ...SRL în calitate de terț susținător;
- în sensul celor mai sus arătate prevederile art. 190, alin (2) din OUG nr.34/2006 aplicabile, reglementează expres faptul că „în cazul în care ofertantul/candidatul își demonstrează capacitatea tehnică și profesională invocând și susținerea acordată, în conformitate cu prevederile alin. (1), de către o altă persoană, atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază, de regulă, prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective, prin care aceasta confirmă faptul că va pune la dispoziția candidatului/ ofertantului resursele tehnice și profesionale invocate. Persoana care asigură susținerea tehnică și profesională nu trebuie să se afle în situația care determină excluderea din procedura de atribuire, conform prevederilor art. 180 și ale art. 181 lit. a), ... și d)”.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei,

CONSILIUL constată următoarele:

JUDEȚUL (CONSILIUL JUDEȚEAN), în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire, prin „licitație deschisă” cu etapa finală de licitație electronică, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având drept obiect: „Furnizarea și distribuirea produselor lactate și de panificație preșcolarilor din grădinițele de stat și private cu program normal de 4 ore, elevilor din clasele pregătitoare și elevilor din clasele I-VIII din învățământul de stat și privat, din județul, în anul școlar-2017”, cod CPV 15511210-8, 15511100-4, 15551310-1, 15811000-6, 60000000-8, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare nr./....., conform căruia valoarea estimată a procedurii este cuprinsă de: 11.553.926,34 lei fără TVA. Conform cap. IV.2.1) din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „prețul cel mai scăzut”.

În procesul verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 11957/22.06....., autoritatea contractantă a consemnat că, la lotul 2 au fost depuse 3 oferte, fiecare, având o ofertă financiară de 4.535.186,04 lei, identitatea ofertanților și lista principalelor documente depuse .

Ulterior, conform raportului procedurii de atribuire nr. 14855/05.08..... și a comunicării rezultatului prin adresa nr.11862/05.08....., autoritatea contractantă a decis excluderea contestatorului SC SRL, fiind invocate dispozițiile art. 181, alin. (1), lit.) din OUG nr.34/2006 respectiv „neîndeplinirea sau îndeplinirea în mod defectuos a obligațiilor contractuale, din motive imputabile ofertantului în cauză în ultimii 2 ani, de către SC ...SRL în calitate de terț susținător privind experiența similară, respectiva faptă care a produs sau este de natură să producă grave prejudicii beneficiarilor acestuia”.

Consiliul reține că, la punctul 2 al secțiunii III.2.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului din fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a formulat următoarea cerință minimă de calificare: *„Terțul susținător nu trebuie să se afle în niciuna dintre situațiile prevăzute de la art.181 lit. a), c)¹ și d) din OUG nr.34/2006. Se va completa și depune Declarație – Formularul nr. 8”.*

Potrivit art. 181 lit.) din OUG nr. 34/2006, „autoritatea contractantă are dreptul de a exclude dintr-o procedură pentru atribuirea contractului de achiziție publică orice ofertant/candidat care se află în oricare dintre următoarele situații: (...) în ultimii 2 ani nu și-a îndeplinit sau și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale, din motive imputabile ofertantului în cauză, fapt care a produs sau este de natură să producă grave prejudicii beneficiarilor acestuia”.

Referitor la acest aspect, Consiliul va reține că:

- potrivit art. 97¹ alin. (1) din HG nr. 925/2006, *„autoritatea contractantă are obligația de a emite documente constatatoare care*

conțin informații referitoare la îndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant și, dacă este cazul, la eventualele prejudicii”;

- potrivit art. 97¹ alin. (2¹) din HG nr. 925/2006, „autoritatea contractantă publică în SEAP, prin utilizarea aplicației disponibile la adresa de internet www.e-licitatie.ro, în cel mult 10 zile de la data expirării termenelor prevăzute la alin. (1), documentul prevăzut la alin. (1), semnat cu semnătură electronică extinsă bazată pe un certificat calificat, precum și, dacă este cazul, informații referitoare la suspendarea sau anularea respectivului document” și

- potrivit art. 97¹ alin. (22) din HG nr. 925/2006 „atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 181 lit.) din ordonanța de urgență”.

Totodată, Consiliul va lua în considerare că norma juridică anterioară transpune în dreptul autohton prevederile art. 45 alin. (2) lit. d) din Directiva nr. 18/2004/CE, potrivit căreia „poate fi exclus de la participarea la un contract orice operator economic: (...) (d) care s-a făcut vinovat de o gravă abatere profesională, dovedită prin orice mijloace pe care autoritățile contractante le pot justifica; (...) Statele membre precizează, în temeiul dreptului intern și prin respectarea dreptului comunitar, condițiile de aplicare a prezentului alineat”.

Față de cele de mai sus, Consiliul constată că, pentru a uza de dreptul conferit de norma legală anterioară de a respinge oferta contestatorului SC SRL, autoritatea contractantă a făcut demersuri pentru a avea certitudinea că, terțul susținător SC ...SRL, în ultimii 2 ani nu și-a îndeplinit sau și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale, din motive imputabile acestuia, fapt care a produs sau este de natură să producă grave prejudicii beneficiarilor acestuia; cu alte cuvinte, că s-a făcut vinovat de o abatere, producând astfel grave prejudicii.

Analizând documentul constatator primar nr.5045/17.03.2015, postat în SEAP sub nr. 20654/15.04.2015 aflat la paginile nr. 38-39 din dosarul achiziției, transmis de autoritatea contractantă la dosarul cauzei, Consiliul constată că, acesta a fost emis de ... și consemnează: „Contractul a fost îndeplinit în mod corespunzător: NU; Motivația: nerespectarea termenelor contractuale de livrare produse/ prestare servicii/ executare lucrări din culpă”; mai mult, din analiza documentelor aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată că acest document constatator nu a fost contestat în condițiile legii.

Față de aceste aspecte și având în vedere faptul că la dosar nu au fost depuse alte înscrisuri, Consiliul constată că documentul constatator nr. 5045/17.03.2015, până la pronunțarea unei hotărâri definitive și irevocabile sau revocarea lui de către autoritatea emitentă, este în vigoare și își produce efectele juridice.

Orice act administrativ are forță juridică obligatorie atât față de persoanele fizice sau juridice cărora și se adresează cât și față de autoritatea care l-a emis, ținută să-l respecte ea însăși, pe tot parcursul valabilității lui. Această obligativitate a actului administrativ derivă din faptul că el este dat pe baza și în executarea legii și, din această cauză, se bucură de prezumția de legalitate.

De asemenea, actul administrativ este executoriu de îndată, fără a fi necesară întocmirea unor formalități ulterioare, ca în cazul unei hotărâri judecătorești rămasă definitivă care, pentru a fi executată, trebuie investită cu formulă executorie.

Cu toate acestea există unele situații și condiții anume reglementate de lege, prin care aplicarea actului administrativ poate fi întrerupt temporar sau definitiv, respectiv în cazul suspendării, revocării și anulării actului administrativ.

Prin suspendare se înțelege situația în care actul administrativ, fără a fi desființat, nu se mai aplică în mod temporar și provizoriu. Suspendarea aplicării poate fi hotărâtă fie de organul emitent al actului, fie de către organul ierarhic superior, ceea ce în speță nu e cazul, deoarece nu există niciun înscris emis de autoritatea contractantă în acest sens.

Potrivit prevederilor art. 14 din Legea nr. 554/2004, SC ...SRL avea posibilitatea ca, în cazuri bine justificate și pentru prevenirea unei pagube iminente, după sesizarea, în condițiile art. 7 din același act normativ, a autorității publice care a emis actul sau a autorității ierarhic superioare, să ceară instanței competente să dispună suspendarea executării actului administrativ unilateral până la pronunțarea instanței de fond. Această cerere de suspendare se putea solicita și printr-o cerere separată și chiar anterior cererii adresată instanței competente pentru anularea, în tot sau în parte, a actului atacat, instanța având obligația de a soluționa cererea de suspendare, de urgență și cu precădere, cu citarea părților, suspendarea executării actului administrativ având ca efect încetarea oricărei forme de executare, până la expirarea duratei suspendării (în cazul în care persoana vătămată nu introduce acțiunea în anularea actului în termen de 60 de zile, suspendarea încetează de drept și fără nicio formalitate).

În speță, contestatorul nu a depus la dosarul cauzei nicio hotărâre pronunțată de către instanța judecătorească cu privire la suspendarea executării actului administrativ atacat până la soluționarea definitivă și irevocabilă a cauzei, hotărâre care ar fi fost executorie de drept.

Având în vedere aceste aspecte și ținând cont de faptul că actul administrativ, respectiv documentul constatator nr. 5045/17.03.2015 nu a fost revocat (retras de către însăși organul care l-a emis ori ce către organul ierarhic superior acestuia sau de instanța de judecată) sau anulat (măsura luată de către organul ierarhic superior celui care a adoptat sau emis actul sau de instanța de judecată prevăzută de lege, care face să înceteze efectele juridice ale acestui act), la dosar nefiind

depuse documente/ înscrisuri/alte mijloace de probă în acest sens, el își produce în continuare efecte juridice.

Rolul acestor documente constatatoare emise în temeiul art. 971 din HG nr. 925/2006 este de a oferi celorlalte autorități contractante care inițiază în viitor proceduri, informații cu privire la îndeplinirea sau neîndeplinirea corespunzătoare a contractelor anterioare, este o „oglină a operatorului economic executant/ prestator/ furnizor”. În acest context, Consiliul constată că membrii comisiei de evaluare au solicitat, prin adresa nr. 13462/14.07....., clarificări emitentului acestui document constatator, respectiv ..., privind încheierea în ultimii 2 ani a vreunui contract și ulterior reziliat pentru neîndeplinirea sau îndeplinirea în mod defectuos a unor obligații contractuale, din motive imputabile SC ...SRL.

Din răspunsul comunicat de ..., prin adresa nr.14356/20.07....., rezultă că acesta din urmă a semnat cu SC ...SRL acordul cadru nr. 7008/2 din 29.04.2014 cu denumirea „Produse de panificație”, care a fost reziliat pentru nerespectarea obligațiilor asumate de prestator, fiind anulat și contractul subsecvent nr. 3709/26.02.2015 și comenzile aferente acestuia.

Mai mult, autoritatea contractantă a identificat pe site-ul www.e-licitatie.ro și un alt document constatator având nr. 9/2/3048/27.11.2014, referitor la contractul încheiat între același operator SC ...SRL și ... care, de asemenea, nu a fost îndeplinit corespunzător. Ori, în mod întemeiat, această conduită are relevanță atâta vreme cât ofertantul contestator își asigură susținerea capacității tehnice și profesionale cu sprijinul SC ...SRL în calitate de terț susținător, iar derularea în bune condiții a contractului ce urmează a se atribui depinde în mare măsură și de acesta din urmă.

În cazul în care cerințele prevăzute în fișa de date a achiziției nu erau justificate temeinic, sau dacă considera că autoritatea contractantă a inclus cerințe contradictorii, ambiguu formulate sau ca urmare a interpretării eronate a unor articole din OUG nr. 34/2006, contestatorul putea solicita, autorității contractante clarificări, în temeiul dispozițiilor art. 78 din OUG nr. 34/2006 sau putea contesta respectivele cerințe în termenul legal potrivit art. 255 coroborat cu art. 256² din OUG nr. 34/2006.

Prin depunerea ofertei, contestatorul și-a însușit conținutul întregii documentații de atribuire, deci implicit și conținutul fișei de date a achiziției cu privire la cerințele de la cap. III.2.1.a) – Situația personală a candidatului sau ofertantului.

Toate aceste documente formează convingerea Consiliului că autoritatea contractantă a făcut în mod corect aplicarea prevederilor art. 181 lit.) din OUG nr. 34/2006 care reglementează situațiile în care o ofertă poate fi exclusă.

Referitor la critica contestatorului cu privire la faptul că „*Spitalul Clinic de Urgență Cluj nu evidențiază producerea niciunui prejudiciu*”, Consiliul nu o poate reține în soluționare având în vedere faptul că, este

evident că, în condițiile în care neexecutarea contractului în cauză a condus la rezilierea lui iar acest fapt a fost de natură să producă grave prejudicii autorității contractante, aceasta fiind în situația de a achiziționa produsele de care avea nevoie prin organizarea unei noi proceduri de achiziție publică. În aceste condiții Consiliul apreciază că decizia autorității contractante de a nu permite contestatorului să participe la faza finală a licitației electronice 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, 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 Odwoławcza (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 existenței 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 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. 181 lit.) 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 să poată fi considerată una corectă.

Prin urmare, nu orice neîndeplinire a unor clauze contractuale poate să genereze aplicarea dispozițiilor art. 181 lit.) din OUG nr. 34/2006.

Referitor la acest aspect, Consiliul va reitera că, din răspunsul comunicat de Spitalul Clinic Județean de Urgență Cluj, prin adresa nr.14356/20.07....., rezultă că nerespectarea obligațiilor asumate de prestatorul SC ...SRL a condus la rezilierea acordului cadru nr. 7008/2 din 29.04.2014 cu denumirea „Produse de panificație”, fiind anulat și contractul subsecvent nr. 3709/26.02.2015 și comenzile aferente acestuia.

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 acordului cadru nr. 7008/2 din 29.04.2014, a contractului subsecvent și a comenzilor aferente demonstrează gravitatea abaterilor acestui operator economic în relația contractuală cu ..., abateri pe care autoritatea contractantă JUDEȚUL (CONSILIUL JUDEȚEAN) urmărește, în mod corect și întemeiat, să le evite în contractul ce face obiectul prezentei proceduri de atribuire.

Față de cele mai sus menționate (documentele aflate la dosarul cauzei, modul în care Comisia a evaluat ofertele, probatoriul administrat în cauză), în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/....., Consiliul va respinge contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu

JUDEȚUL (CONSILIUL JUDEȚEAN) și va dispune continuarea procedurii de atribuire în cauză.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația depusă de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă JUDEȚUL (CONSILIUL JUDEȚEAN).

Dispune continuarea procedurii de atribuire în cauză.

Obligatorie.

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

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare
.....

PREȘEDINTE
.....

Consilier de soluționare
.....

Redactat în 4 (patru) exemplare originale, conține 14 (paisprezece) pagini.