

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

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația nr. 1001/09.02.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr....., formulată de, cu sediul în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin ... – administrator și convențional prin avocat, cu sediul ales pentru comunicarea actelor procedurale în, împotriva adresei nr. B684/03.02.2023 reprezentând comunicarea rezultatului procedurii și a raportului procedurii nr. B683/03.02.2023, emise de, cu sediul în, în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii, pe loturi, a acordului - cadru de servicii având ca obiect *Revizii tehnice periodice, reparații planificate, accidentale si bobinaj pentru electropompele si mixerele din cadrul și achiziție de piese de schimb - Loturile*, s-au solicitat:

- anularea adresei nr. B684/03.02.2023 reprezentând comunicarea rezultatului procedurii și a raportului procedurii nr. B683/03.02.2023, precum și a tuturor actelor anterioare și/sau subsecvente acestora, care privesc modalitatea de evaluare a ofertelor depuse de către reclamantă în cadrul procedurii de atribuire în cauză pentru loturile

- obligarea entității contractante la continuarea procedurii de atribuire, cu respectarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, cu consecința stabilirii admisibilității ofertei depusă de către contestatoare;

- obligarea entității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea prezentei cauze, potrivit dovezilor ce vor fi depuse la dosarul cauzei.

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 contestația de față, prin care critică rezultatul procedurii în cauză, solicitând cele menționate în partea introductivă.

În prealabil, contestatoarea prezintă un scurt istoric al procedurii evidențiind următoarele aspecte:

- Oferta reclamantei a fost exclusă din procedura de atribuire, din toate loturile la care aceasta a participat (loturile);

- Oferta a fost singura declarată admisibilă, cu un punctaj de 100 puncte, fiind clasată pe locul I și declarată câștigătoare pentru lotul 1;

- Oferta a fost singura declarată admisibilă, cu un punctaj de 100 puncte, fiind clasată pe locul I și declarată câștigătoare pentru lotul 2;

- Loturile au fost anulate urmare a faptului că nu ar fi fost depusă nicio ofertă admisibilă;

- Entitatea contractantă a dispus măsura excluderii ofertei contestatoarei motivat de o *presupusă* incidență a prevederilor art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016 (în motivare, achizitoarea invocând existența documentului constatare negativ nr. 528/14.02.2022, document contestat de în fața Tribunalului);

- Prin decizia CNSC nr., rămasă definitivă prin necontestare, contestația a fost admisă și s-a dispus reevaluarea ofertei reclamantei, în motivare reținându-se în mod explicit faptul că o *excludere din competiție a, nu poate avea loc la acest moment, înainte de efectuarea verificărilor indicate mai sus și, în funcție de rezultatul acestor verificări, înainte de a i se permite acestui operator economic să își demonstreze, în concret, credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.*

- În reevaluarea care a urmat primului demers de contestare, ... a solicitat, în data de 20.12.2022, prin adresa nr. B8050/20.12.2022, transmiterea dovezilor privind adoptarea măsurilor corective, în conformitate cu prevederile art. 184 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, iar, în data de 02.02.2023, a emis raportul procedurii din cuprinsul căruia reiese identic rezultatul aferent primului raport al procedurii.

Prin contestația în cauză, reclamanta aduce argumente în susținerea faptului că reevaluarea ofertei sale, dispusă prin decizia CNSC nr., rămasă definitivă, a fost realizată pur formal, neefectuându-se nicio analiză a măsurilor de credibilitate/fiabilitate transmise

de prin răspunsul nr. 3826/27.12.2022 la solicitarea de clarificare.

În opinia contestatoarei, entitatea contractantă face o gravă confuzie între măsurile de credibilitate prevăzute de art. 184 alin. (1) - (3) din Legea nr. 99/2016 și măsurile de remediere a presupuselor deficiențe din cadrul contractului pentru care documentul constatatator negativ a fost emis, apreciind că acestea ar fi echivalente.

De asemenea, adaugă că entitatea contractantă ignoră situația concretă și globală a ofertantei, măsurile efectiv întreprinse de către aceasta pentru a evita, în viitor, situații de terminare anticipată a contractelor în care este implicată, și argumentele care circumstanțiază chiar contextul emiterii respectivului document constatatator.

Reclamanta apreciază că a răspuns solicitării de clarificări prezentând pe larg măsurile adoptate la nivelul societății sale, inclusiv dovezile care susțin implementarea acestora, respectiv:

- clarificarea situației documentului constatatator și demersurile de contestare a acestuia, aflate în curs de soluționare, inclusiv indicarea lipsei unor eventuale prejudicii cauzate beneficiarului, aspect consemnat chiar în cuprinsul documentului constatatator;

- considerații privind conduita, prin care s-au evidențiat și probat: (i) principiile și valorile pe care această societate le respectă prin implementarea managementului integrat, respectiv atenția sporită privind calitatea serviciilor și lucrărilor realizate, precum și a echipamentelor furnizate, finalitatea fiind îndeplinirea corespunzătoare și la timp a obligațiilor contractuale, (ii) situația raportată la întreaga sa activitate, documentul constatatator negativ fiind un caz izolat, care nu caracterizează activitatea profesională a contestatoarei, ținând cont că toate celelalte recomandări și documente constatatoare dovedesc fiabilitatea operatorului economic, dar și capacitatea de a duce la bun sfârșit și în mod profesionist proiectele încredințate de beneficiari, (iii) măsuri corective efectiv întreprinse urmare a singurului document constatatator emis, pentru eficientizarea activității profesionale și pentru prevenirea unor eventuale situații similare viitoare, respectiv: (a) numirea unui responsabil urmărire contracte, (b) realizarea unui audit intern, (c) implementarea măsurilor propuse urmare a desfășurării auditului intern, prin revizuirea unor proceduri interne ale societății, care să conducă la consolidarea relațiilor contractuale cu autoritățile contractante.

Din punctul de vedere al contestatoarei, măsurile de credibilitate susmenționate, detaliate în cadrul răspunsului la clarificări, sunt în deplină concordanță cu prevederile art. 184 alin. (3) din Legea nr. 99/2016, respectiv: (i) a fost indicată lipsa unor eventuale prejudicii cauzate beneficiarului și, deci, implicit lipsa obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește aceste eventuale prejudicii, (ii) clarificarea de către în mod complet a faptelor și împrejurărilor în

care a fost comisă presupusa abatere gravă, (iii) adoptarea de către a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal.

Motivarea excluderii ofertei din cadrul actelor atacate prin contestația în cauză este, în opinia reclamantei, identică celei anterior reținută în actele atacate în cadrul primului demers de contestare, entitatea contractantă limitându-se la a copia motivele deja invalidate, anterior, de către CNSC, pentru excluderea ofertei

Autoarea contestației evidențiază faptul că nu prezintă nicio relevanță faptul că emitentul documentului constatator în discuție este entitatea contractantă, obligația de a analiza suficiența măsurilor de credibilitate adoptate de operatorul economic și puse la dispoziția entității contractante rămânând, oricum, aplicabilă.

..... critică faptul că s-a limitat la a formula doar considerații de ordin general, fără a combate punctual în niciun fel documentele și fără a explica de ce ele nu ar fi suficiente pentru a proba credibilitatea și fiabilitatea societății sale pentru admiterea la procedura de atribuire în cauză.

În susținere invocă jurisprudența CJUE în materie.

În continuare, reclamanta enumeră măsurile de credibilitate pe care le-a indicat și probat în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificare, în conformitate cu prevederile art. 184 alin. (3) din Legea nr. 99/2016, respectiv:

- Clarificarea în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care contractul a fost reziliat și documentul constatator a fost emis;
- Inexistența unei hotărâri definitive în dosarul în care documentul constatator a fost contestat;
- Inexistența unor eventuale prejudicii cauzate de rezilierea contractului, aspect confirmat chiar în cuprinsul documentului constatator emis, la pct. 8;
- Auditarea proiectului care a condus la emiterea documentului constatator negativ în scopul evidențierii eventualelor neconformități și identificării de acțiuni corective;
- Revizuirea procedurilor interne, precum: (i) identificare și analiză cerințe clienți; (ii) aprovizionare, care include și evaluarea furnizorilor și subcontractanților, (iii) controlul documentelor, (iv) controlul neconformităților;
- Numirea, prin decizie internă, a unui responsabil de urmărire a contractelor;
- Conduita generală nu este caracterizată numai de singurul document constatator negativ emis de către însăși entitatea contractantă, ci și de restul recomandărilor și documentelor constatatoare emise de alte autorități contractante, care demonstrează o conduită corectă a operatorului economic.

Reclamanta enumeră principalele atribuții ale responsabilului de urmărire contracte, apte a proba măsura de fiabilitate în materie de personal, dar și efectele revizuirii procedurilor în terne, parte din măsurile de fiabilitate la nivel organizațional.

În opinia, situația reținută de către entitatea contractantă în cadrul documentului constatator nu este reprezentativă și nu caracterizează conduita societății sale, astfel:

- a constatat *în mod unilateral, abuziv și vădit neîntemeiat* pretinsa neexecutare a obligațiilor asumate în contract, ignorând în mod voit împrăjurarea că, la acest moment, conformitatea executării obligațiilor asumate prin contractul care a generat emiterea documentului constatator urmează a fi analizată, sub aspectul temeiniciei și a legalității, de către instanța de judecată investită cu soluționarea acțiunii în anulare a înștiințării de reziliere, dar și a documentului constatator;

- exceptând situația supusă analizei în contractul reziliat (*de altfel, abuziv, de către*), ... nu a înregistrat nicio abatere contractuală în întreaga sa activitate profesională, aptă să conducă la rezilierea unui contract de achiziție publică sau la emiterea unor documente constatatoare negative.

Contestatoarea subliniază faptul că obiectul contractului reziliat, pentru care a fost emis documentul constatator în discuție, a constituit și obiectul altor contracte similare, context în care verificările pe care legea obliga entitatea contractantă să le realizeze, nu reprezintă verificări ale legalității documentului constatator, o astfel de verificare fiind, fără îndoială, de competența instanței de judecată.

Adaugă că, până la pronunțarea instanței, credibilitatea unui operator economic poate fi susținută de măsurile luate de acesta pentru a preveni reapariția unor situații precum cele care au determinat emiterea documentului constatator, respectiv conduita sa, în alte contracte similare.

În susținere, invocă jurisprudența CNSC în materie.

Referitor la critica vizând confuzia pe care o face între măsurile de credibilitate posibil a fi furnizate de către operatorul economic aflat într-o situație de excludere dispusă de art. 180 din Legea nr. 99/2016 și măsurile de remediere a presupuselor deficiențe care au dus la emiterea documentului constatator, ... precizează că, dacă documentele care au fundamentat rezilierea contractului ar fi considerate „*dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea*”, dispozițiile art. 184 din Legea nr. 99/2016 nu ar mai produce niciun efect, verificarea limitându-se, în această ipoteză exclusiv la condițiile impuse de pct. g) al art. 180 din același act normativ.

Mai mult, adaugă că documentele care se află la dispoziția entității contractante, în calitatea sa de emitent al documentului constatator, pot

cel mult cuantifica îndeplinirea condițiilor impuse de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016 (*analizându-le, evident, în mod subiectiv, în raport de propria sa opinie privind derularea contractului reziliat*), însă acestea nu sunt nici suficiente și nici edificatoare pentru verificarea măsurilor de credibilitate adoptate de către și puse la dispoziția entității contractante urmare a solicitării de clarificare.

În susținerea celor de mai sus invocă jurisprudența CNSC și a instanțelor naționale în materie.

Reclamanta consideră că, dacă s-ar accepta teza argumentativă a entității contractante, conform căreia măsurile de credibilitate la nivel tehnic ar fi trebuit să vizeze remedierea presupuselor neconformități tehnice „care au condus la imposibilitatea punerii în funcțiune a echipamentului, la refuzul de către comisia de recepție a recepționării lucrării, (...) la rezilierea contractului și implicit la emiterea documentului constatatator negativ”, ar rezulta întrebarea retorică: *cum ar fi putut aceste măsuri preveni orice noi infrațiuni sau abateri?!.*

..... remarcă faptul că excluderea societății sale fără ca, în prealabil, să fi fost acordată posibilitatea de a fi analizate măsurile de credibilitate încalcă (i) principiul proporționalității - fiind aleasă cea mai drastică măsură sancționatoare, (ii) dreptul reglementat de art. 184 din Legea nr. 99/2016 devine *pur iluzoriu* dacă dovezile de credibilitate nu au fost analizate, prealabil sancțiunii, de către entitatea contractantă.

De asemenea, semnalează faptul că principiul asumării răspunderii de către entitatea contractantă și implicit dreptul/puterea de apreciere al/a acesteia, nu pot fi uzate arbitrar și nelegal, acestea neputând justifica ignorarea obligațiilor legale (care impun verificarea documentelor de credibilitate).

În final, contestatoarea concluzionează că raționamentul entității contractante este nelegal și netemeinic, întrucât măsura de excludere a ofertei nu poate fi justificată (i) nici prin faptul că efectele documentului constatatator nu au fost suspendate, (ii) nici prin faptul că măsurile de remediere a presupuselor deficiențe care au dus la emiterea respectivului document nu ar fi fost întreprinse de către, (iii) nici prin faptul că entitatea contractantă este emitentul documentului constatatator, (iv) și nici în raport de principiul asumării răspunderii.

Din punctul de vedere al reclamantei, analiza temeinică și diligentă a documentelor de credibilitate furnizate de către societatea sa ar fi putut conduce la salvagardarea a 3 loturi ale procedurii de atribuire în cauză.

În drept, se invocă prevederile art. 8 raportat la art. 2 din Legea nr. 101/2016, precum și toate celelalte dispoziții legale la care s-a făcut referire în cuprinsul contestației.

Ca mijloace de probă au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. B974/14.02.2023, înregistrat la Consiliu cu nr., ..., în calitate de entitate contractantă, solicită respingerea contestației formulată de, ca nelegală și

neîntemeiată, și menținerea actelor contestate, pentru considerentele expuse în cele ce urmează.

Entitatea contractantă consideră că documentele prezentate de reclamantă în răspunsul la solicitarea de clarificări sunt *insuficiente* pentru a-și demonstra în concret credibilitatea, prin raportare la motivele de excludere, ținând seama de gravitatea și circumstanțele abaterii avute în vedere.

Precizează că, în baza procesului verbal de recepție nr. 4348/15.12.2021, încheiat la terminarea lucrărilor executate în cadrul contractului L20200820/07.08.2020, comisia a respins recepția la terminarea lucrărilor, care a condus la încetarea anticipată a contractului, din următoarele motive:

- *Executantul și-a incalcat în mod grav și repetat obligațiile ce-i revin în realizarea și derularea Contractului prin livrarea unor echipamente care au neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației avute în vedere de către*

- *A realizat lucrări care nu respecta cerințele caietului de sarcini, având un comportament necorespunzător care creează îndoieli serioase cu privire la credibilitatea Executantului.*

- *Executantul nu a remediat aspectele consemnate în comunicările notificate de Beneficiar în mod repetat, iar în unele cazuri remedierile s-au executat în lipsa Antreprenorului și nu au fost respectate cerințele din caietul de sarcini.*

- *S-au constatat vicii care nu pot fi înlăturate și care prin natura lor au condus la nerealizarea mai multor cerințe fundamentale ale caietului de sarcini, caz în care se impune refacerea întregii lucrări.*

..... apreciază că ofertanta nu face dovada că a adoptat măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic pentru remedierea neconformităților tehnice care au condus la imposibilitatea punerii în funcțiune a echipamentului, la refuzul, de către comisia de recepție, a recepționării lucrării, conform procesului verbal de recepție nr. 4348/15.12.2021, la rezilierea contractului și, implicit, la emiterea documentului constatatator negativ.

Totodată consideră că nu este relevant nici faptul că documentul constatatator emis de..... este singurul document constatatator negativ.

În opinia entității contractante, măsurile concrete ce ar putea fi adoptate pentru demonstrarea credibilității nu ar putea fi decât unele care să se raporteze în mod esențial la motivele de excludere, cum de altfel prevede și art.184 din Legea nr.99/2016.

Or, entitatea contractantă observă că demersul contestatoarei efectuat în sprijinul demonstrării credibilității sale nu poate fi apreciat decât ca fiind unul *pur formal, lipsit de substanță*, atâta vreme cât aceasta depune documente care nu au nicio legătură cu motivele de excludere, ci *reflectă mecanic, "în oglindă"*, o așa zisă adoptare a unor

măsuri dintre cele prevăzute la art.184 alin.(3) din Legea nr.99/2016, dar pe care legiuitorul le-a prevăzut cu titlu exemplificativ.

Achizitoarea exemplifică notând că numirea unui „responsabil urmărire contracte” nu are nicio relevanță cât privește îndreptarea/corectarea conduitei contestatoarei, care pe parcursul contractului de lucrări a cărui reziliere a constituit temeiul emiterii documentului constatator negativ, nu a înțeles să execute corespunzător lucrările contractate, a livrat și montat echipamente ce nu corespund cerințelor din caietul de sarcini sau care a refuzat să remedieze problemele de funcționare, sesizate în mod repetat de entitatea contractantă.

De asemenea, arată că *așa zisele măsuri adoptate* nu pot demonstra credibilitatea unui operator, care, adoptând decizia de a opri funcționarea tehnologică a liniei ... de tratare a apei la, în cadrul contractului referit, a determinat ca și în prezent respectiva stație să funcționeze aproape de limita de avarie, poluând mediul înconjurător, prin deversarea în emisar a unei cantități însemnate de apă neepurată, cu consecințe deosebit de grave asupra sănătății a aproape patru sute de mii de locuitori ai județului.

Având în vedere argumentele expuse mai sus, entitatea contractantă opinează că desemnarea unui responsabil urmărire contracte sau elaborarea unor proceduri operaționale interne, *care în mod rezonabil pot fi calificate ca fiind efectuate strict „pro causa”, nu pot constitui în niciun caz măsurile concrete de care ne vorbește art.184 din Legea nr.99/2016.*

Totodată, ... arată că nici raportul de expertiză tehnică extrajudiciară întocmit de, comandat de contestatoare, nu poate fi luat în considerare, de vreme ce acest document depus în dosarul civil nr....., aflat pe rolul Tribunalului, nu și-a dovedit valoarea probatorie scontată de reclamantă, atâta timp cât instanța de judecată a dispus administrarea probei cu un alt raport de expertiză, nefinalizat încă la data prezentei.

Mai mult, adaugă că în cadrul lucrărilor de expertiză judiciară, dl. expert a înregistrat pe rolul instanței, în data de .., o adresă, prin care arată între altele faptul că, în urma constatărilor din data de 17.11.2022, făcute privind starea instalațiilor, *„au fost identificate aceleași probleme care au fost consemnate și în expertiza tehnică extrajudiciară a d-lui profesor”* (este vorba de expertiza extrajudiciară efectuată de dl. la solicitarea entității contractante).

În această situație, din punctul de vedere al entității contractante este absurdă pretenția ca achizitoarea să ia în considerare raportul de expertiză extrajudiciară, efectuat la solicitarea sa, în detrimentul raportului de expertiză extrajudiciară, efectuat la

solicitarea, mai ales în condițiile în care acesta din urmă este validat de un alt expert, de data aceasta cel judiciar, numit de instanță.

În final, entitatea contractantă concluzionează că toate aceste aspecte nu fac decât să confirme cele reținute în decizia CNSC nr. din, rămasă definitivă prin decizia nr. pronunțată de Curtea de Apel într-o speță similară, cu aceleași părți, care, față de afirmațiile privind netemeinicia deciziei de excludere a ofertei sale din procedură, în temeiul art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr.99/2016, fără ca în prealabil să fi fost formulată o solicitare de clarificare, a reținut următoarele: *„chiar și în situația în care s-ar dispune solicitarea unor clarificări, situația de fapt rămâne aceeași, elementele care au condus la luarea deciziei de excludere a ofertei depuse de petentă sunt aceleași, prin urmare un astfel de demers s-ar dovedi lipsit de efecte juridice, pe fondul problemei motivele de excludere neputând fi înlăturate prin simpla existență a unei solicitări de clarificări și răspunsul la aceasta.”*

În drept, se invocă prevederile Legii nr. 101/2016, Legii nr. 99/2016 și ale HG nr. 394/2016, precum și celelalte acte normative la care s-a făcut referire în cuprinsul punctului de vedere.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr., în contextul punctului de vedere transmis de entitatea contractantă și a studiului dosarului achiziției publice, ... a comunicat *note scrise*, în cuprinsul cărora reiterează o serie de aspecte prezentate în cadrul contestației.

..... a constituit cauțiunea în sumă de ... lei, la dosarul cauzei fiind depusă recipisa de consemnare nr., eliberată de CEC BANK – Sucursala ..., înregistrată în registrul de evidență al Consiliului sub nr.

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

....., în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, în vederea încheierii, pe loturi, a acordului-cadru având ca obiect *Revizii tehnice periodice, reparații planificate, accidentale si bobinaj pentru electropompele si mixerele din cadrul și achiziție de piese de schimb*, cod CPV principal: 50511100-1 Servicii de reparare și întreținere a pompelor de lichid (Rev.2), sens în care a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat, în SEAP, anunțul de participare nr. CN1045347/27.07.2022. Conform anunțului, valoarea estimată a acordului-cadru este cuprinsă între 202.860 și 760.020 euro, iar criteriul de atribuire este *cel mai bun raport calitate-preț*.

La procedură, pentru *loturile* (loturile contestate), a depus ofertă și, exclusă din procedură în baza art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, potrivit raportului procedurii nr. B 7187/14.11.2022.

Totodată, s-a consemnat anularea loturilor potrivit art. 225 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016.

Nemulțumită de acest rezultat, ... a formulat contestația nr. ..., asupra căreia Consiliul s-a pronunțat prin decizia nr. din în sensul admiterii contestației și anulării raportului procedurii nr. B7187/14.11.2022 în partea ce privește oferta contestatoarei depusă pentru *loturile*, și implicit a deciziei de anulare a procedurii pentru *loturile* A fost obligată entitatea contractantă la reevaluarea ofertei pentru loturile în discuție, precum și la emiterea unui nou act de evaluare.

Autoritatea a efectuat demersuri pentru aducerea la îndeplinire a Deciziei nr. din ..., iar la a comunicat că oferta societății sale a fost exclusă în baza art. 180 alin. (1) lit. g) și art. 184 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, comunicare pe care societatea o atacă în cauza de față.

Sintetizând cele comunicate de prin adresa nr. B 684/03.02.2023, Consiliul reține că documentele prezentate de prin răspunsul la solicitarea de clarificări au fost considerate insuficiente pentru demonstrarea credibilității prin raportare la motivele de excludere și că ofertantul nu face dovada că a adoptat măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic pentru remedierea conformităților tehnice care au condus la imposibilitatea punerii în funcțiune a echipamentului, la refuzul de către comisia de recepție a recepționării lucrării, conform procesului verbal de recepție nr. 4348/15.12.2021, la rezilierea contractului și implicit la emiterea documentului constatator negativ.

În cuprinsul aceluiași înscris, a susținut entitatea contractantă că nu poate fi obligată să încheie un acord-cadru cu un ofertant cu care a avut o colaborare care a condus la rezilierea unui contract și pentru care a fost emis un document constatator. Totodată, a mai arătat achizitoarea, că acțiunea împotriva *documentului constatator nr. 528/14.02.2022* se află pe rolul Tribunalului, în etapa de administrare probe, și că nu a formulat o cerere de suspendare a efectelor publicării documentului constatator, motiv pentru care acesta își produce efectele și se bucură de prezumția de legalitate.

În considerentele deciziei antereferite, Consiliul a reținut, între altele:

(...) Așadar, decizia de respingere a unui ofertant pe baza unui document constatator, trebuie să fie precedată de o verificare obligatorie a faptului că acest document reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 180 alin. (1) lit. g) din Lege. Este limpede că determinantă în excluderea din procedură a operatorului economic nu este existența documentului constatator, ci verificarea faptului că acest document reflectă îndeplinirea cumulativă a condițiilor regăsite la art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016.

Mai mult, așa cum s-a arătat în cele ce preced, prin prevederile de la art. 184 alin. (1), (2) și (3), legea a stabilit dreptul și posibilitatea operatorului economic de a răsturna

concluziile rezultate din incidența unui caz de excludere, prin furnizarea de dovezi care să arate că măsurile pe care le-a luat sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea, entitatea contractantă având posibilitatea legală de a nu exclude operatorul economic respectiv.

Se observă, aşadar, că legea a reglementat posibilitatea ca, chiar şi în condițiile existenței reale a unui caz de excludere, operatorul economic să îşi poată demonstra, în concret, credibilitatea prin raportare la motivul de excludere, evitând astfel eliminarea sa din competiție.

Cade în sarcina entității contractante, verificarea aspectelor anterior subliniate. Or, achizitoarea în cauză a înțeles să nu realizeze verificări în privința emiterii documentului constatator, pentru a stabili dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative necesare excluderii așa cum impun prevederile art. 161 alin.(8) din HG nr. 394/2016.

(...)

Este adevărat, precum a reținut și entitatea contractantă, că documentul constatator produce efecte atâta timp cât înscrisul nu a fost anulat de instanță. Orice act administrativ se bucură de prezumția de legalitate, care poate fi răsturnată printr-o hotărâre judecătorească definitivă de anulare a actului administrativ însă insuficiența actualei evaluări este vădită în contextul în care achizitoarea nu poate respinge o ofertă fără a verifica în prealabil, cu atenție sporită, dacă se încadrează într-una dintre situațiile de excludere reglementate.

(...)

Mai mult, chiar și în situația stabilirii incidenței motivului de excludere, entității contractante îi revine obligația de a face aplicabilitatea art. 184 din lege, respectiv să solicite ofertantului dovezi ale credibilității sale.

Cât privește legalitatea documentului constatator, o astfel de verificare este, fără îndoială, de competența instanței de judecată, demersul achizitoarei trebuind să se efectueze în aplicarea dispozițiilor legale coroborate ale art. 161 alin. (8) din HG nr. 394/2016 și art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016.

Pe cale de consecință, o excludere din competiție a, nu poate avea loc la acest moment, înainte de efectuarea verificărilor indicate mai sus și, în funcție de rezultatul acestor verificări, înainte de a i se permite acestui operator economic să își demonstreze, în concret, credibilitatea prin raportare la motivele de excludere (...).

Aşadar, dată fiind existența documentului constatator negativ nr. 528/14.02.2022, organul jurisdicțional a impus organizatoarei să efectueze verificări în sensul dispozițiilor art. 180 alin. (1) lit. g) și art. 184 alin. (1), (2) și (3) din Legea nr. 99/2016.

Se reține că părțile nu au atacat Decizia nr. din, situație în care este opozabilă și prin prisma considerentelor subliniate mai sus, acceptate în mod tacit, atât părților, cât și Consiliului.

Prin adresa nr. B 8050/20.12.2022, entitatea contractantă a solicitat următoarele:

Având în vedere neîndeplinirea obligațiilor contractuale ce vă reveneau în cadrul contractului nr. L20200820/17.08.2020 care au dus la încetarea anticipată a contractului și la emiteria documentului constatator nr. 528/14.02.2022, vă solicităm să transmiteți dovezi care să arate, că în urma rezilierii contractului mai sus menționat ați adoptat măsuri corective, astfel încât să vă puteți demonstra în concret credibilitatea, conform dispozițiilor art. 184 alin. (1) din Legea nr. 99/2016.

Răspunzând solicitării, ... a explicat situația documentului constatat, a expus o serie de considerații privind conduita sa iar în privința dovedirii credibilității și fiabilității societății sale a depus următoarele documente:

- Decizia de numire responsabil urmărire proiecte;
- Fișa postului responsabil urmărire proiecte;
- Procedura de proces – PP-05 Identificare și analiză cerințe clienți;
- Procedura – PP – 06 Aprovizionare care include și evaluarea furnizorilor și subcontractanților;
- Procedura de sistem – PS-01 Controlul documentelor;
- Procedura – PS-04 Controlul neconformităților;
- Documente constatatoare și recomandări privind modalitatea conformă de executare a obligațiilor asumate în alte contracte;
- Expertiza tehnică cu privire la evaluarea echipamentelor livrate și montate în cadrul contractului L20200820/17.08.2020 întocmit de

Aceste înscrisuri furnizate de ofertant au fost apreciate de către entitate ca fiind insuficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității prin raportare la motivele de excludere.

Dispozițiile art. 184 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, stabilesc că entitatea contractantă este cea care analizează caracterul satisfăcător al dovezilor prezentate de ofertant, dispunând, așadar, de un drept de apreciere în ceea ce privește excluderea din procedură, în aplicarea principiului asumării răspunderii statuat la art. 2 alin. (2) din același act normativ. Altfel spus, autoritatea contractantă are posibilitatea și nu obligația de a considera dovezile prezentate de ofertant ca fiind suficiente pentru demonstrarea credibilității.

Dreptul de apreciere nu poate fi cenzurat de organismul de control, dat fiind că exercitarea lui antrenează o opțiune unilaterală a autorității de a se angaja în viitor în relații contractuale cu întreprinderi al căror comportament a fost pus, într-un mod semnificativ și cu suficientă certitudine, sub semnul îndoielii. Un astfel de drept de apreciere ar putea face obiect al controlului numai în măsura în care exercitarea lui s-ar face abuziv, dincolo de limitele impuse de lege. Or, în cazul dedus judecății, comisia de evaluare a analizat și a prezentat motivele pentru care soluția menținerii în procedură a contestatoarei, nu se impune.

În atari circumstanțe, Consiliul face trimitere la recitalul 101 din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului: (...)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 performanță în alte contracte de achiziții publice din trecut a arătat deficiențe majore în ceea ce privește cerințele de fond, de exemplu, nerespectarea obligației de a furniza sau de a executa, deficiențe semnificative ale produsului sau ale serviciului furnizat, ceea ce le face inutilizabile pentru scopul propus, sau un comportament necorespunzător care aruncă îndoieli serioase cu privire la fiabilitatea operatorului economic (...).

Totodată, Curtea Europeană de Justiție în Hotărârea pronunțată la 19 iunie 2019 în cauza C-41/18 (*Meca SRL împotriva Comune di Napoli*) a statuat:

28. În al doilea rând, potrivit articolului 57 alineatul (4) din Directiva 2014/24, „[a]utoritățile 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 situațiile [menționate la această dispoziție]”. Astfel, din textul dispoziției respective **rezultă că autoritățile contractante, iar nu instanța națională, sunt cele cărora lea fost încredințată sarcina de a aprecia dacă un operator economic trebuie să fie exclus dintr-o procedură de achiziții publice.**

29. În al treilea rând, **posibilitatea de care dispune orice autoritate contractantă de a exclude un ofertant de la o procedură de achiziții publice este menită în special să îi permită să aprecieze integritatea și fiabilitatea fiecăruia dintre ofertanți**, astfel cum dovedesc articolul 57 alineatul (4) literele (c) și (g), precum și considerentul (101) al Directivei 2014/24.

31. În al patrulea rând, potrivit articolului 57 alineatul (5) din Directiva 2014/24, autoritățile contractante trebuie să poată exclude un operator economic „în orice moment în cursul procedurii”, iar nu numai după ce o instanță judecătorească și-a pronunțat hotărârea, ceea ce constituie un indiciu suplimentar al voinței legiuitorului Uniunii de a permite autorității contractante să își facă propria apreciere cu privire la faptele comise sau omise, fie înainte, fie în cursul procedurii de achiziții, în una dintre situațiile menționate la articolul 57 alineatul (4) din această directivă.

34. Or, astfel cum s-a arătat la punctul 28 din prezenta hotărâre, reiese din textul articolului 57 alineatul 4 din Directiva 2014/24 că **legiuitorul Uniunii a intenționat să încredințeze autorității contractante, și doar acesteia, în faza de selecție a ofertanților, sarcina de a aprecia dacă un candidat sau un ofertant trebuie să fie exclus de la o procedură de achiziții publice.**

Aceeași instanță europeană a făcut trimitere la cele mai sus evocate și în Hotărârea din 3 octombrie 2019 în cauza C-267/18 (..... *împotriva*).

Revenind la speță, din documentele depuse, rezultă că entitatea contractantă și-a exercitat dreptul de apreciere în limitele impuse de lege, în sensul că avea posibilitatea de a exclude sau, dimpotrivă, de a păstra operatorul economic în procedură, și, că, mai mult, alegerea a fost justificată, în esență, de faptul că nu s-a făcut dovada că au fost adoptate măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic.

A apreciat entitatea că măsuri precum desemnarea unui responsabil urmărire contracte sau elaborarea unor proceduri operaționale interne nu pot demonstra credibilitatea care, adoptând decizia de a opri funcționarea tehnologică a liniei ... de tratare a apei la în cadrul contractului referit, a determinat ca și, în prezent, această Stație să funcționeze aproape de linia de avarie, poluând mediul înconjurător prin deversarea în emisar a unei cantități însemnate de apă neepurată, cu consecințe deosebit de grave asupra sănătății a aproape patru sute de mii de locuitori ai județului.

Faptul că se bucură de o bună reputație, dovadă fiind documentele constatatoare și recomandările privind modalitatea conformă de executare a obligațiilor asumate în alte contracte de achiziție publică, nu este în măsură să oblige achizitorul (același cu emitentul documentului constatator nr. 528/14.02.2022) să treacă peste situația de fapt prezentată sau să accepte ca suficiente probele administrate. Mai mult, aceste certificate constatatoare pozitive eliberate de o serie de autorități contractante, nu sunt în sensul dovezilor prevăzute de art. 184 alin. (3) din Legea nr. 99/2016, care să demonstreze adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional.

Prin urmare, se constată că, privitor la decizia atacată prin prezentul demers de contestare, nu se poate reține nici pretinsa încălcare a legii și nici exercitarea dreptului de apreciere cu exces de putere, entitatea contractantă stabilind motivat, raportat la concluziile analizei proprii efectuată asupra documentelor probante și explicațiilor furnizate de ofertant, de ce nu păstrează în procedură oferta contestatoarei.

Cunoscând că precedentul judiciar nu constituie izvor de drept, Consiliul găsește util a face trimitere și la Decizia Consiliului nr. / ..., menținută de Curtea de Apel, în care s-a decis excluderea, este adevărat într-o altă procedură, însă în baza aceleiași document constatator nr.

În lumina considerentelor mai sus expuse, Consiliul stabilește că nu există motive pentru infirmarea deciziei entității contractante și pentru anularea raportului nr. B683/03.02.2023 în ceea ce privește decizia de excludere a din procedura aferentă *loturilor* Astfel fiind, va respinge, ca nefondată, contestația

Cu privire la cheltuielile de judecată solicitate de contestatoare, aceasta nu le-a indicat și nici nu a anexat contestației vreo dovadă a întinderii și efectuării lor. În consecință, coroborat și cu soluția prefigurată, cererea formulată în acest sens se impune a fi respinsă.

Pentru aceste motive,

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

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge, ca nefondată, contestația formulată de, în contradictoriu cu, în calitate de entitate contractantă.

În temeiul art. 26 alin. (9) din lege, respinge cererea de obligare a entității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

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

Împotriva prezentei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.