CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. 796/08.05.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 17774/09.05.2017, formulată de către S.C. ... S.R.L., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI RO ..., împotriva raportului procedurii nr. 128/13.04.2017, emis de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, aplicată integral prin utilizarea mijloacelor electronice, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, divizat pe loturi, având ca obiect „Autobasculantă 8x4 – 2 loturi”, s-a solicitat, pentru lotul 2, anularea deciziei autorității contractante prin care oferta sa a fost declarată inacceptabilă, anularea raportului procedurii nr. 128/765/13.04.2017, în partea referitoare la oferta sa, precum și anularea tuturor actelor subsecvente, inclusiv comunicările privind rezultatul procedurii, precum și continuarea procedurii de atribuire, conform celor dispuse, prin soluționarea capetelor de cerere anterioare.

Prin adresa nr. 273/16.05.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 18903/16.05.2017, S.C. ... S.R.L., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ... și având CUI RO ..., a înaintat cerere de intervenție, prin care solicită admiterea acesteia și respingerea contestației.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Prin contestația nr. 796/08.05.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 17774/09.05.2017, S.C. ... S.R.L. critică decizia autorității contractante de a declara ca inacceptabilă oferta sa.

Contestatorul precizează că în temeiul art. 6 din Legea nr. 101/2016, la data de 24.04.2017, a formulat notificarea prealabilă, unde a dezvoltat motivele în susținerea cererilor sale, neprimind răspunsul autorității contractante până la data formulării contestației.

0 Astfel, contestatorul arată că prin raportul procedurii nr. 128/765/13.04.2017 (fila 8/10), autoritatea contractantă a luat măsura declarării ofertei sale ca inacceptabilă, prin simpla constatare a pretinsei existențe a unui caz de excludere, respectiv existența a patru certificate constatatoare privind neîndeplinirea unor obligații contractuale, certificate emise în temeiul O.U.G. nr. 34/2006, apreciate ca fiind echivalentul unei excluderi de drept din procedura de achiziție.

Emiterea unui certificat constatator în temeiul O.U.G. nr. 34/2006 și H.G. nr. 925/2006, în aprecierea contestatorului, nu poate poate avea alte efecte decât cele prevăzute în actele normative mai sus citate, inclusiv în ceea ce privește întinderea acestor efecte, cât și modul de interpretarea a acestor certificate (cauzele apreciate ca fiind abateri contractuale), adică certificatul constatator emis în temeiul celor două acte normative trebuie să se raporteze la legea în vigoare la momentul nașterii raportului juridic (data depunerii ofertei generatoare a certificatului în cauză). În acest sens, stau și dispozițiile art. 236 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, identic cu art. 253 alin. (4) din Legea nr. 99/2016, iar documentul constatator este unul din efectele contractului.

Pe de altă parte, contestatorul apreciază că certificatul constatator reprezintă un act administrativ unilateral, legalitatea și efectele acestuia urmând a fi apreciate în raport de dispozițiile legale în vigoare la data emiterii actului administrativ, certificatul constatator neputând produce alte efecte juridice în afara celor stipulate de legea în temeiul căruia a fost emis.

În continuare, contestatorul susține că aplicarea acestui principiu, deși de notorietate, este expus și în deciziile recente ale Curții Constituționale - Decizia nr. 66/2015 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 2 alin. (1) lit. a) și art. 66 din O.U.G. nr. 66/2011. Astfel, prin decizia respectivă s-au declarat neconstituționale normele tranzitorii de aplicare a O.U.G. nr. 66/2011, apreciindu-se prin punctul 32 și faptul că dispozițiile art. 66 din ordonanță *„aduc atingere principiului neretroactivității, deoarece permite aplicarea normelor de drept substanțial din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 66/2011 cu privire la nereguli săvârșite în intervalul temporal în care era în vigoare Ordonanța Guvernului nr. 79/2003, legiuitorul reglementând un criteriu greșit pentru determinarea aplicabilității noilor norme de drept substanțial, respectiv existența sau nu a unor activități de control în desfășurare la momentul intrării în vigoare a noii legi, fără a se raporta la legea în vigoare la momentul nașterii raportului juridic. Rezultă așadar că raportul juridic este supus reglementărilor legale în vigoare la data nașterii sale, schimbarea ulterioară a condițiilor legale neavând nicio*

influență asupra legalității acestuia. în consecință, Curtea constată că art. 66 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 66/2011 este neconstituțional, fiind contrar art. 15 alin. (2) din Constituție".

S.C. ... S.R.L. precizează că prin art. 181 lit. c[1]) din O.U.G. nr. 34/2006, se sancționa doar neîndeplinirea contractului „*din motive imputabile ofertantului în cauză*", aspect ce nu mai are vreo relevanță în actuala reglementare aplicabilă doar certificatelor aferente procedurilor declanșate după intrarea în vigoare a Legii nr. 98/2016.

În concret, contestatorul consideră că certificatele emise în temeiul O.U.G. nr. 34/2006, pot constitui motiv de excludere, doar în măsura în care, acestea constată neîndeplinirea contractului „*din motive imputabile ofertantului în cauză*". Prin O.U.G. nr. 34/2006 se sancționa doar neexecutarea contractului „*care a produs sau este de natură să producă grave prejudicii beneficiarilor acestuia*" (art. 181 lit. c[1]).

Astfel, contestatorul susține că certificatele emise în temeiul O.U.G. nr. 34/2006 pot constitui motiv de excludere doar în măsura în care acestea constată (suplimentar celor de mai sus) și existența unui prejudiciu grav, adică noile criterii de apreciere a cauzelor considerate motive de excludere (prevăzute de Legea nr. 98/2016), criterii neavute în vedere de ofertanți la momentul depunerii ofertelor în vechea legislație, nu pot constitui motive de excludere, întrucât s-ar încălca principiului neretroactivității legii civile.

În aceste condiții, autoritatea contractantă era obligată să verifice și să motiveze decizia de declarare a ofertei sale, susține contestatorul, ca inacceptabilă, iar motivarea deciziei de respingere a ofertei trebuia fundamentată pe o evaluare temeinică a documentelor constatatoare avute în vedere, și nu pe o analiză superficială, care creează aparența unei evaluări neobiective, de natură a încălca principiul nediscriminării și principiul tratamentului egal al ofertanților. Astfel, conform prevederilor dreptului european, nu se acceptă excluderea automată a operatorului economic, ci doar după ce analiza efectuată în procesul de evaluare printr-o apreciere concretă și individualizată relevă o culpă evidentă, o intenție culpabilă sau o gravă neglijență, având consecințe de o gravitate considerabilă.

Totodată, contestatorul evocă dispozițiile art. 57 alin. (6) din Directiva nr. 24/2014, care arată că dacă măsurile luate de operatorii economici pentru a demonstra fiabilitatea acestora sunt considerate insuficiente de autoritatea contractantă, „*operatorul economic primește o expunere a motivelor respectivei decizii", precum și C.N.S.C., care s-a pronunțat într-o speță similară, cu privire la obligația analizării documentelor constatatoare și a verificării îndeplinirii celor două condiții privind existența unor motive imputabile ofertantului și a prejudiciului grav, arătând că: „în opinia Consiliului, pe lângă faptul că Documentul constatator nr. ... invocă generic «blocarea și întârzierea reparațiilor la morile de cărbune ... cu indisponibilizarea parțială a instalațiilor de producere a aburilor», fără precizarea timpilor de imobilizare și cuantificarea valorică a acestora, acesta este un act unilateral al autorității contractante și nu poate constitui dovada neîndeplinirii sau a*

îndeplinirii defectuoase a contractului respectiv și, mai ales, din motive imputabile ofertantului în cauză".

Or, în cauză, o astfel de motivare lipsește, contestatorul precizând că autoritatea contractantă s-a limitat la a arăta că există patru certificate constatatoare (fila 8 din Raportul procedurii de atribuire), fără însă a verifica și explica de ce apreciază că sunt îndeplinite condițiile de excludere ale ofertei sale.

O altă critică formulată de contestator, este aceea că autoritatea contractantă nu a motivat cauzele pentru care a considerat ca fiind insuficiente dovezile prezentate în demonstrarea credibilității acestuia, raportat la motivele de excludere, aspect ce echivalează cu o excludere de drept din procedura de atribuire.

Concret, S.C. ... S.R.L. evocă adresa ANAP nr. ..., care precizează că *„prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, nu operează de drept ...", „oricărui operator ... îi este permis să prezinte dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere". „Astfel, potrivit art. 171 alin. (2) din Legea nr. 98/2017, 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*" și arată că existența certificatelor nu este condiția singură și suficientă pentru excluderea unui ofertant de la o procedură de achiziție publică, autoritatea contractantă trebuind să analizeze și să motiveze cauzele pentru care a înlăturat dovezile prezentate de ofertant în dovedirea credibilității sale. De asemenea, din ansamblul normei legale mai sus citate, sancțiunea intervine dacă ofertantul nu își demonstrează credibilitatea și nu în cazul în care a avut vreo divergență contractuală, chestiune/deficientă inerentă în cadrul unor proiecte complexe (Decizia Civila nr. ... a Curții de Apel București).

Or, în cauză, cu toate că a prezentat explicații și dovezi de natură a demonstra credibilitatea sa, contestatorul consideră că autoritatea contractantă nu le-a avut în vedere și nici nu a explicat considerentele pentru care a apreciat că dovezile prezentate nu sunt de natură a face dovada fiabilității sale și, în concret, aceasta nu analizează gravitatea și imputabilitatea faptelor reținute în sarcina acestuia prin certificatele constatatoare avute în vedere, existența unui prejudiciu grav produs de acesta în executarea contractelor de achiziție publică cu privire la care au fost emise cele patru certificate constatatoare, dovezile și explicațiile furnizate de acesta privind cele patru certificate constatatoare, precum și rațiunea pentru care acestea au fost apreciate ca nefiind suficiente pentru a demonstra credibilitatea.

Contestatorul face referire la răspunsurile sale transmise autorității contractante, precizând că *„totuși condiția gravității prejudiciului este îndeplinită doar în măsura in care, acest fapt, este nu numai expres evidențiat de pretinsul prejudiciat, dar și dovedit, ... respectiv printr-o hotărâre judecătorească definitivă*".

În continuare, contestatorul evocă practica instanțelor naționale și Curții Europene de Justiție (decizia CEJ în cauza C-465/11, pct.30; cauza C465/11 Forposta SA, ABC Direct Contact sp.zo.o. vs. Poczta Polska S.A., deciziile civile nr. 2068/17.03.2014 și nr. ...ale Curții de Apel București, precum și Hotărârea Curții din 05.05.1998, în cauza National Farmers' Union și alții, C-157/96, pct. 60), din care citează.

Cu privire la certificatele avute în vedere de autoritatea contractantă, contestatorul arătă că acestea nu erau de natură a dovedi existența unui caz temeinic de excludere a ofertei sale, astfel:

Referitor la documentul constatator emis de ... nr. ..., contestatorul menționează că nu se poate reține existența unor motive imputabile cu privire la fapta reținută în certificatul constatator, acesta având rolul de integrator în contractul în cauză, implicând achiziționarea unui șasiu și montarea pe acesta a unor echipamente.

Astfel, în executarea contractului, contestatorul a fost informat de producătorul șasiului ofertat Renault Trucks, de faptul că acesta nu mai poate livra acest tip de șasiu, aspect adus la cunoștința beneficiarului prin adresa nr. 2843/11.12.2015. Echipamentele/utilajele au fost predate parțial, în discuție fiind doar câteva utilaje, cu privire la care întârzierea nu îi este imputabilă, având în vedere imposibilitatea obiectivă de producție a utilajelor, comunicată de producător. De asemenea, aceleași echipamente au fost preluate ulterior de autoritatea contractantă, neexistând practic niciun prejudiciu, așa cum instanța de judecată reține.

În concluzie, S.C. ... S.R.L. arată că nu este îndeplinită condiția „motivelor imputabile ofertantului în cauză”, necesar producerii efectelor prevăzute de O.U.G. nr. 34/2006, în vigoare la data emiterii respectivului certificat, cauza neexecutării în termen a contractului fiind externă acestuia.

Cu privire la lipsa unui prejudiciu cauzat beneficiarului în această speță, contestatorul precizează că prin inserarea în certificat a sintagmei „nu este cazul”, emitentul a precizat lipsa prejudiciului. În sensul inexistenței unui prejudiciu produs autorității în acest caz, s-a pronunțat și instanța de judecată, care a reținut prin Hotărârea de completare a dispozitivului nr. 163/2017, pronunțată în dosarul nr. ... de Tribunalul ..., următoarele: *„astfel cum rezultă în mod neîndoielnic din documentul constatator primar nr. ... - pct. 9, pârâta nu a constatat producerea vreunui prejudiciu, consemnând sub acest aspect «Nu este cazul»”*.

Mai mult, prin adresa contestatorului nr. 3234/29.12.2016, acesta și-a manifestat deplina disponibilitate, încă anterior ajungerii la termen a contractului, să furnizeze Beneficiarului *„o garanție bancară, care să acopere eventuale plăți nedecontate către dvs. (beneficiar, n.n.), sau corecții sau orice alte asemenea, cu singura condiție a informării subscrisei asupra unor astfel de incidente și susținerii în comun a acțiunilor de anulare, pe cale judiciară, a înscrisurilor care aduc atingere/invalidează/etc. cele de mai sus*”.

Astfel, contestatorul apreciază că este evident faptul că acest înscris reprezintă dovada faptului că și-a asumat eventualul prejudiciu dat de o sancțiune/pierdere/ş.a. a Beneficiarului, situație care a fost apreciată de legiuitor ca fiind suficientă pentru acceptarea în licitații publice a

ofertanților afectați de chestiuni mult mai grave (prejudicii cauzate autorităților publice prin infracțiuni), astfel încât, pentru identitate de rațiune, același principiu, trebuie aplicat și chestiunilor rezultate din simple divergențe contractuale – art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Totodată, contestatorul arată că a achitat voluntar toate sumele legal pretinse de Beneficiar, aspect iarăși de natură a dovedi adoptarea de acesta a „unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor".

Or, susține contestatorul, atâta timp cât a luat măsurile necesare, inclusiv plata sumelor pretinse de Beneficiar, acesta apreciază că este evident că autoritatea contractantă ar fi trebuit să acorde eficiență prevederilor art. 57 din Directiva nr. 24/2014, care enumeră, printre dovezile de natură a demonstra fiabilitatea ofertantului, și fapta de a plăti o compensație.

În considerarea celor evocate, contestatorul precizează că autoritatea de reglementare în domeniu – ANAP, prin adresa nr. 58/28.01.2016, a certificat faptul că Beneficiarul ar fi trebuit să recepționeze acele produse, caz în care, chiar dacă ar fi existat vreun prejudiciu, dat de nerecepționarea acestor utilaje, acest prejudiciu nu îi este imputabil.

În concret, eventualul prejudiciu (nereclamat de autoritatea contractantă), nu este produs „din motive imputabile ofertantului în cauză", întrucât, prin garanțiile oferite și respinse de eventualul creditor, sunt direct incidente prevederile art. 1534 din Noul Cod Civil, mai jos citate, presupusul creditor-autoritate contractantă putând evita eventualul prejudiciu cu minima diligență concretizată de acceptarea garanției bancare, care ar fi îndestulat ..., în cazul în care s-ar fi produs un prejudiciu.

Cu privire la documentul constatator nr. ..., emis de ... nr. ..., contestatorul menționează faptul că din lecturarea acestuia se poate observa lipsa evidențierii oricărui prejudiciu, sens în care, nici nu poate fi vorba despre îndeplinirea condiției existenței prejudiciului „grav".

Cu privire la documentul constatator nr. ..., emis de S.C. ...S.A., contestatorul menționează că în acest înscris sunt evidențiate penalități de întârziere în cuantum de 2.413,62 lei. Concret, raportat la valoarea penalităților, nu se reține un prejudiciu grav, întrucât chiar și legiuitorul a prevăzut, prin art. 166 din Legea nr. 98/2016, faptul că sumele sub 4.000 lei, reprezentând taxe și impozite, nu pot constitui motiv de excludere.

Astfel, atâta timp cât contestatorul a plătit compensația solicitată de autoritatea contractantă, consideră că nu se poate reține că existența faptei reținute în cuprinsul certificatului constatator, ar fi fost de natură să aducă atingere credibilității sale sau să producă un prejudiciu grav beneficiarului.

Mai mult, S.C. ... S.R.L. susține că, ulterior acestor ultime două achiziții, între aceasta și beneficiarii tradiționali (beneficiarii care achiziționează cu regularitate bunuri din domeniul său de activitate, respectiv ... și S.C. ...S.A.), s-au mai încheiat contracte de achiziții publice, situație în care, chiar și derularea unor contracte ulterioare,

constituie proba faptului că cele două certificate constatatoare nu pot constitui temei de excludere, atâta vreme cât emitenții, primii chemați/interesați să facă eventuala aplicațiune a prevederilor referitoare la excludere, nu au înțeles să uzeze de aceste dispoziții, aspect ce dovedește nu numai inexistența vreunui prejudiciu grav, dar și adoptarea de către contestator a măsurilor interne corective apte de a demonstra în concret credibilitatea sa.

Cu privire la documentul nr. ... emis de ..., contestatorul precizează că, similar celor de mai sus, și în acest caz Beneficiarul a evidențiat faptul că nu este cazul unor prejudicii, întârzierea cu 7 (șapte) zile a livrării nu a produs vreo consecință acestuia. Deși aceste întârzieri sunt generate de factori externi, pentru a evita repetarea situațiilor de întârzieri în livrări, contestatorul arată că a adoptat și o serie de măsuri, pentru a demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere, pe care le exemplifică.

Concluzionând, S.C. ... S.R.L. precizează că toate acestea reprezintă dovezile prevăzute de art. 171 din Legea nr. 98/2016, care să arate că măsurile luate sunt suficiente pentru a-și demonstra, în concret, credibilitatea, prin raportare la motivele de excludere și anexează înscrisurile evidențiate mai sus.

În punctul său de vedere nr. 92/33969/16.05.2017, înregistrat la Consiliu cu nr. 19175/17.05.2017, ... precizează faptul că, prin adresa nr. 14/825/20.01.2017 a fost transmisă Notificarea privind finalizarea etapei de verificare a propunerilor financiare, prin care se aducea la cunoștința S.C. ... S.R.L. faptul că oferta depusă pentru lotul 2 a fost declarată admisibilă și, având în vedere că se află pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire, s-a solicitat prezentarea de documente justificative actualizate, pentru demonstrarea îndeplinirii tuturor criteriilor de calificare și selecție declarate prin DUAE.

Ulterior, la data de 13.04.2017, după finalizarea procesului de verificare a documente justificative actualizate, pentru demonstrarea îndeplinirii tuturor criteriilor de calificare și selecție declarate prin DUAE, pentru lotul 2, autoritatea contractantă a transmis comunicările privind rezultatul procedurii de atribuire.

Prin adresa nr. 723/24.04.2017, înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 92/27678/24.04.2017, contestatorul a formulat o notificare prealabilă, prin care solicită obligarea acesteia la *„anularea deciziei prin care oferta subscrisei a fost declarată ca fiind inacceptabilă, anularea raportului procedurii nr. 12B/765/13.04.2017, cu partea referitoare la oferta subscrisei, precum și anularea tuturor actelor subsecvente, inclusiv comunicările privind rezultatul procedurii”*, pentru lotul 2.

Autoritatea contractantă arată că nu a transmis un răspuns cu privire la notificarea prealabila nr. 723/24.04.2017, în virtutea prevederilor art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, care prevede inclusiv posibilitatea, implicit dreptul acesteia, de a nu transmite un răspuns în termenul prevăzut la art. 6 din același act normativ.

Astfel, prin adresa nr. 796/08.05.2017, înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 92/31583/08.05.2017, S.C. ... S.R.L. a transmis o

contestație și la CNSC, prin care solicită obligarea acesteia la *„anularea deciziei prin care oferta subscrisei a fost declarată ca fiind inacceptabilă, anularea raportului procedurii nr. 12B/765/13.04.2017, în partea referitoare la oferta subscrisei, precum și anularea tuturor actelor subsecvente, inclusiv comunicările privind rezultatul procedurii și continuarea procedurii de atribuire conform celor dispuse, prin soluționarea capetelor de cerere 1-2”*.

Cu privire la fondul contestației, autoritatea contractantă face precizarea că decizia privind oferta operatorului economic S.C. ... S.R.L., consemnată în raportul procedurii nr. 12B/765/13.04.2017, a fost determinată de analiza documentelor constatatoare emise pentru acesta, pe care a efectuat-o în urma verificărilor în SEAP (rubrica Documente - Documente constatatoare), unde au fost identificate un număr 45 documente constatatoare. Dintre acestea, patru au fost emise pentru neîndeplinirea corespunzătoare a obligațiilor contractuale.

Prin urmare, autoritatea contractantă arată că nu a luat „măsura declarării ofertei subscrisei ca fiind inacceptabilă prin simpla constatare a pretinsei existențe a unui caz de excludere” prin raportul procedurii, așa cum susține ofertantul, ci în urma analizei și constatării acestor documente constatatoare negative.

De altfel, autoritatea contractantă susține că a comunicat contestatorului toate aceste elemente, solicitându-i acestuia să clarifice aceste aspecte prin adresa nr. 14/1859/10.02.2017, având termenul de răspuns 15.02.2017. S.C. ... S.R.L. a răspuns la solicitarea de clarificări, cu privire la încadrarea acestuia în prevederile art. 167 din Legea nr. 98/2016, în termenul solicitat, prin încărcarea în SEAP a adresei nr. 263/15.02.2017 la data de 15.02.2017, ora 14:41.

Autoritatea contractantă a considerat că în răspunsul său, contestatorul nu a tratat solicitările de clarificare la care a făcut referire comisia de evaluare, respectiv documentele constatatoare, ci a prezentat în adresa sa nr. 263/15.02.2017, într-un cadru general, diverse spețe din practica instanțelor naționale, cât și din practica CEJ, cu referire la anumite aspecte legislative.

Drept urmare, autoritatea contractantă a considerat răspunsul contestatorului ca fiind neconcludent și i-a declarat oferta inacceptabilă, în baza art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016.

Totodată, având în vedere faptul că prin justificările prezentate, atât de contestator, cât și de instituția emitentă – S.C. ...S.A. ...- căreia i s-au cerut detalii cu privire la unul dintre documentele constatatoare, autoritatea contractantă apreciază că reiese faptul că nerespectarea obligațiilor contractuale a condus la încetarea anticipată a contractelor, respectiv încălcarea repetată a obligațiilor principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, cât și plata de daune interese. Drept urmare, autoritatea contractantă a considerat că sunt incidente prevederile art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Totodată, autoritatea contractantă menționează faptul că, ulterior depunerii în platforma SEAP a adresei sale nr. 263/15.02.2017 și ulterior termenului de răspuns, respectiv 15.02.2017, S.C. ... S.R.L. a mai transmis, prin fax, completări la adresa inițială de răspuns, prin adresele

înregistrate la ... cu nr. 92/15339/08.03.2017 și nr. 92/18206/14.03.2017, însă nu au putut fi luate în considerare, deoarece acestea au fost transmise la aproape o lună distanță după expirarea termenului limită impus, respectiv data de 15.02.2017, iar modul de transmitere a acestor adrese (prin fax) nu respectă prevederile art. 62 din Secțiunea 5: Derularea procedurilor de atribuire, Subsecțiunea 1: Paragraful 1 - Licitația deschisă aferentă H.G. nr. 395/2016.

Astfel, modalitatea de a transmite solicitări de clarificări/răspunsuri prin intermediul faxului, respectiv neutilizarea mijloacelor electronice pentru derularea procedurii de atribuire, se poate realiza numai în condițiile în care acest lucru nu este posibil din motive tehnice imputabile operatorului SEAP. Or, în situația de față, această excepție nu este aplicabilă.

Având în vedere prevederile art. 171 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă a considerat că ofertantul nu a prezentat dovezi suficiente, nici în termenul solicitat de aceasta ca răspuns la scrisoarea de clarificare transmisă în acest sens și nici prin cele două completări transmise prin fax, după expirarea termenului de răspuns stabilit. Totodată, autoritatea contractantă menționează că a avut în vedere și prevederile art. 169 din Legea nr. 98/2016, pe care le citează.

În considerarea celor invocate anterior și detaliate în procesul-verbal nr. 31/21.03.2017, autoritatea contractantă a considerat incidente prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/ 2016 și, ținând cont de prevederile art. 169 din același act normativ, coroborat cu art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016, a exclus oferta depusă de S.C. ... S.R.L. din procedura de atribuire.

Toate aceste detalii se regăsesc, justificate pe larg, în procesul-verbal nr. 31/21.03.2017, după cum este menționat și în cadrul raportului procedurii nr. 12B/765/13.04.2017, la rubrica „Observații” (pag. 8/10). Totodată, în cadrul raportului procedurii nr. 12B/765/13.04.2017, se precizează că „Mai multe informații cu privire la procesul de evaluare se regăsesc în cadrul proceselor-verbale și a grilelor de evaluare” (pag. 9/10).

Mai mult decât atât, autoritatea contractantă precizează că documentele în baza cărora oferta S.C. ... S.R.L. a fost declarată ca fiind inacceptabilă și exclusă din procedura de atribuire, au fost „Documente constatatoare” și nu „Certificate constatatoare”, acestea din urmă reprezentând documente emise de Oficiul Național al Registrului Comerțului, care prezintă situația actualizată a operatorului economic și cuprind anumite informații în legătură cu acesta, cum ar fi numărul de înregistrare în registrul comerțului, codul unic de înregistrare, forma juridică, sediul social/profesional, obiectul de activitate - domeniul și activitatea principală, etc.

Documentele constatatoare „*conțin informații referitoare la îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, la eventualele prejudicii*”, iar autoritățile contractante au obligația de a emite astfel de

documente constatatoare în conformitate cu art. 166 din H.G. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Referitor la acest aspect, autoritatea contractantă susține că, cu toate că legea achizițiilor a suferit modificări, obligația acesteia de a emite Documente constatatoare există și în cadrul H.G. nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, prin art. 97^1 și a rămas în continuare prin art. 166 din H.G. nr. 395/2016.

Astfel, cu privire la afirmațiile contestatorului: „Emiterea unui certificat constatator în temeiul O.U.G. nr. 34/2006 și H.G. nr. 925/2006, în aprecierea noastră, nu poate poate avea alte efecte decât cele prevăzute în actele normative mai sus citate, inclusiv în ceea ce privește întinderea acestor efecte, cât și modul de interpretarea a acestor certificate (cauzele apreciate ca fiind abateri contractuale), adică certificatul constatator emis în temeiul O.U.G. nr. 34/2006 și H.G. nr. 925/2006 trebuie să se raporteze la legea în vigoare la momentul nașterii raportului juridic (data depunerii ofertei generatoare a certificatului în cauză)”, autoritatea contractantă menționează faptul că, deși aceste Documente constatatoare negative au fost emise pentru operatorul economic S.C. ... S.R.L. în perioada în care era în vigoare O.U.G. nr. 34/2006, acest fapt nu anulează motivele pentru care Documentele constatatoare au fost emise de către autoritățile prejudiciate.

În plus, aceste informații au fost deja publicate în Sistemul Electronic de Achiziții Publice, fapt ce nu poate fi anulat, deoarece faptele care au condus la această acțiune au avut loc i au produs consecințe. Tocmai conduita incorectă a unor operatori economici, de a nu-și fi dus la bun sfârșit contractele, a obligat legiuitorul să înființeze un sistem de apărare împotriva lor, materializat în instituția Documentului constatator.

Prin urmare, aceste documente există și își produc efecte și la acest moment, iar autoritatea contractantă susține că le-a avut în vedere cu ocazia evaluării ofertei contestatorului.

Referitor la afirmația contestatorului cu privire la raportarea la prevederile art. 181 din O.U.G. nr. 34/2006, autoritatea contractantă precizează că acesta nu mai era de actualitate la data evaluării ofertei operatorului, fiind în vigoare Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, care conține alte prevederi cu privire la situația ofertantului și la motivele de excludere ale acestuia. Dacă anterior modificării legislației privind achizițiile publice, respingerea devenea pertinentă/legală în condițiile în care se îndeplineau, cumulativ, cele trei condiții: neîndeplinirea contractului să fie aferentă ultimilor 2 ani, motivele de neexecuţie să fie imputabile acelui ofertant și beneficiarul să fi reclamat grave prejudicii, în prezent, Legea nr. 98/2016 reglementează această situație prin art. 167 alin. (1) și alin. (8).

Cu alte cuvinte, în prezent, condițiile privind excluderea din procedura de achiziție publică, conform art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea 98/2016, sunt următoarele: încălcarea în mod grav sau repetat

a obligațiilor principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune interese sau alte sancțiuni comparabile, precum și neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract.

În acest caz, având în vedere mențiunea S.C. ...S.A., spre exemplu, din cadrul Documentului constatator nr. ... *„numeroase întârzieri la livrare, astfel încât firmei i-au fost calculate penalități de întârziere în sumă totală de 2.413,62 lei*", autoritatea contractantă a luat în considerare încălcarea repetată a obligațiilor principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, cât și plata de daune interese. Drept urmare, s-a considerat că sunt incidente prevederile art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce privește „încălcarea principiului neretroactivității legii civile", invocată de contestator, din cauza faptului că ofertanții nu au avut în vedere la momentul depunerii ofertelor în vechea lege „a noilor criterii de apreciere a cauzelor considerate motive de excludere (prevăzute de Legea nr. 98/2016)", autoritatea contractantă menționează faptul că acest lucru nu are legătură cu modalitatea de îndeplinire a contractelor de către operatorii economici, în sensul că indiferent de legea achizițiilor, operatorii economici angajați în cadrul unui contract trebuie să ducă la bun sfârșit obligațiile respective, în conformitate cu contractul încheiat. Așadar, neîndeplinirea obligațiilor contractuale constituie un motiv de excludere în domeniul achizițiilor publice, reglementat atât în vechea legislație, cât și în cea în vigoare.

Cu privire la afirmațiile contestatorului referitoare la dispozițiile art. 236 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 (identic și art. 253 alin. (4) din Legea nr. 99/2016 și la faptul că *„certificatul constatator reprezintă un act administrativ unilateral, legalitatea și efectele acestuia urmând a fi apreciate in raport de dispozițiile legale în vigoare la data emiterii actului administrativ, certificatul constatator neputând produce alte efecte juridice în afara celor stipulate de legea în temeiul căruia a fost emis*", autoritatea contractantă arată faptul că Documentele constatatoare sunt o consecință a modalității de îndeplinire a obligațiilor acelor contracte de către S.C. ... S.R.L. (respectiv îndeplinire necorespunzătoare în cazul de față) și nu au efecte asupra încheierii, modificării, interpretării sau executării contractelor respective.

Așadar, se poate constata ca indiferent de legea care guvernează contractul de achiziție publică, contractantul are obligația, stipulată prin contractul semnat cu Beneficiarul, de a-și îndeplini în mod corespunzător sarcinile în termenele asumate, iar modalitatea de emitere a Documentului constatator, potrivit O.U.G. nr. 34/2006 sau potrivit Legii nr. 98/2016, nu are relevanță în ceea ce privește constatarea modului de îndeplinire a obligațiilor contractuale. Astfel, indiferent de legislația achizițiilor publice aplicabilă, neîndeplinirea obligațiilor contractuale și plata de daune interese sau aplicarea unor sancțiuni ca urmare a încălcărilor repetate ale obligațiilor contractuale, pune contractantul în

culpă și ridică reale semne de întrebare cu privire la seriozitatea și capacitatea reală a acestuia de a îndeplini contractele.

Referitor la afirmațiile contestatorului asupra faptului că justificarea deciziei privind excluderea sa nu a fost detaliată în raportul procedurii, ... menționează că detaliile ce au condus la decizia respectivă au fost expuse în procesul-verbal nr. 31/21.03.2017 și nu s-a considerat necesar să se redea cele 12 pagini ale acestui procesul-verbal în raportul procedurii sau în adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 92/25781/13.04.2017, ținând cont de faptul că raportul procedurii cuprinde concluziile finale ale procesului de evaluare a ofertelor și are ca anexe procesele-verbale, inclusiv procesul-verbal nr. 31/21.03.2017.

Autoritatea contractantă reiterează faptul că în decizia sa privind situația S.C. ... S.R.L., s-au analizat informațiile și s-au efectuat verificări, consemnate în procesul-verbal nr. 31/21.03.2017 și s-a adus la cunoștința ofertantului toate aceste elemente, după cum urmează:

1. Pentru Documentul constatator nr. ..., emis pentru contractul nr. 1191/28.04.2016 având ca obiect livrarea unei Autocisterne cu bazin din fibră de sticlă cu capacitatea de 10.000 l, cod CPV 34223200-8, având în vedere faptul că informațiile cuprinse în acesta, nu au fost concludente, autoritatea contractantă arată că s-a adresat instituției emitente, respectiv S.C. ...S.A. ....

În cadrul răspunsului sau, transmis prin adresa nr. 335/10.02.2017 și înregistrat la ...cu nr. 92/14643/02.03.2017, instituția emitentă comunică faptul că *„depășirea termenului contractului s-a datorat furnizorului inițial de utilaj cu care exista încheiat contract, și anume S.C. ... S.R.L.”*. De asemenea, se menționează că S.C. ...S.A. ...*„a reluat procedura de achiziție publică, iar câștigător a fost același S.C. ... S.R.L., care și-a dus la îndeplinire contractul nou asumat, într-un termen mai mic decât cel solicitat*”.

Prin justificările prezentate, S.C. ...S.A. ...confirmă indirect faptul că nerespectarea obligațiilor contractuale au condus la încetarea anticipată a contractului, din moment ce aceasta a fost nevoită să reia procedura de achiziție publică, contrar mențiunii ofertantului din adresa sa de răspuns nr. 263/15.02.2017, respectiv: *„Aspectul că, în cauză, subscrisa nu se încadrează în prevederile legale pentru a se dispune excluderea de la procedură, este susținut și de faptul că, ulterior emiterii certificatelor menționate în adresa dumneavoastră, societatea noastră a avut încheiate și alte contracte de achiziții publice cu acestea. Mai mult, a primit din partea acestora și recomandări cu privire la desfășurarea acestor contracte ulterioare (...S.A., ...)”.*

Autoritatea contractantă consideră că depășirea termenului contractului s-a datorat „furnizorului inițial”, respectiv S.C. ... S.R.L., nu exonerează contractantul S.C. ... S.R.L. de răspunderea privind îndeplinirea contractului, deoarece acesta este răspunzător de modul de îndeplinire a contractului de achiziție publică și nu furnizorul acestuia.

Așadar, în situația în care a fost semnat un contract de achiziție publică între autoritatea contractantă și operatorul economic a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare, acesta este direct răspunzător pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică în fața acesteia, chiar

dacă, pentru anumite părți din contract, produsele au fost puse la dispoziție de către alți operatori economici, aceștia având calitatea de furnizori.

În concluzie, trebuie reținut faptul că, în relația cu autoritatea contractantă, răspunderea pentru îndeplinirea necorespunzătoare a contractului de achiziție publică revine numai Contractantului și nu altor operatori economici (furnizori, subcontractanți) și, în acest sens, contractantul trebuie să își aleagă subcontractantul ori furnizorul cu atenție.

În aceste condiții, autoritatea contractantă consideră că singurul vinovat de încetarea anticipată a contractului este S.C. ... S.R.L.

Totodată, conform informațiilor din Documentul constatator final nr. ... emis de S.C. ...S.A. ..., durata contractului ce a avut ca obiect livrarea unei Autocisterne cu bazin din fibră de sticlă cu capacitatea de 10.000 l, a fost de 30 zile: 28.04.2016 - 28.05.2016, iar Documentul constatator final nr. ... a fost emis în data de 31.05.2016, ulterior termenului de livrare, conform Documentului constatator, rezultând faptul că acest contract nu a fost executat 100% de către Prestator.

Așadar, în conformitate cu art. 166 alin. (8) din H.G. nr. 395/2016, autoritatea contractantă a considerat că sunt incidente prevederile art. 167 alin. (1) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016.

2. Pentru Documentul constatator nr. ... (Document constatator - primar) emis de ... pentru S.C. ... S.R.L., având calitatea de contractant în cadrul contractului nr. 155/15.10.2015 „Echipamente și bunuri specializate în cadrul proiectului «Îmbunătățirea managementului situațiilor de urgență în regiunea transfrontalieră (IMES)» - Lot nr. 2 - Mașini și echipamente specializate pentru intervenții (autoscară - 2 buc., autospeciale de intervenție de medie capacitate cu spumă - 3 buc., automacara - 1 buc., vehicule rutiere de primă intervenție și comandă - 5 buc., camion de intervenție - 1 buc.)”, autoritatea contractantă a efectuat, în paralel cu solicitarea de clarificări către ofertant, verificări pe Portalul Instanței de Judecată http://portal.just.ro, unde a identificat următoarele informații:

- urmare emiterii Documentului constatator nr. ... de către ..., contractantul S.C. ... S.R.L. a depus plângere în instanță, respectiv Tribunalul ..., la data de 28.07.2016, obiectul fiind: „suspendare executare act administrativ DOC. NR. ...”, având nr. dosar ...
- la data de 15.09.2016, instanță respinge cererea ca nefondată (Hotărârea nr. ...), iar în data de 06.10.2016, S.C. ... S.R.L. a făcut recurs.
- la data de 15.02.2017, Curtea de Apel respinge recursul depus de către acesta, prin Hotărârea nr. ..., ca nefondat, soluția fiind definitivă.

Astfel, prin pronunțarea sentinței finale de către instanța de judecată, se reconfirmă temeinicia emiterii documentului constatator privind îndeplinirea necorespunzătoare a contractului.

Autoritatea contractantă evocă faptul că în cadrul documentului constatator se menționează că NU a fost îndeplinit în mod corespunzător contractul și că NU au fost furnizate anumite echipamente (autoscară - 2 buc.; autospeciale de intervenție de medie capacitate cu spumă - 3 buc.),

... fiind obligat să organizeze o nouă licitație publică și să asigure din surse proprii plata echipamentelor respective. De asemenea, se menționează faptul că, prin nefurnizarea echipamentelor prezentate mai sus, a fost creat un prejudiciu autorității publice.

În acest sens, autoritatea contractantă a considerat că sunt incidente prevederile art. 167 alin. (1) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016.

3. Pentru Documentul constatator nr. ... (Document constatator referitor la îndeplinirea obligațiilor contractuale - final), emis de S.C. ...S.A. pentru S.C. ... S.R.L., acesta având calitatea de contractant în cadrul contractului nr. ...„Contract furnizare eurocontainere zincate 1.1 mc", autoritatea contractantă arată că în cadrul acestuia se menționează că NU a fost îndeplinit în mod corespunzător contractul, precum și că *„pe parcursul derulării contractului au fost înregistrate numeroase întârzieri la livrare, astfel încât firmei i-au fost calculate penalități de întârziere în sumă totală de 2.413,62 lei*".

Referitor la afirmația ofertantului cu privire la evidențierea unor penalități, la Decizia Civilă nr. ... a Curții de Apel București și la faptul că nu sunt întrunite condițiile prevăzute de legiuitor la art. 181 lit. c^1 din O.U.G. nr. 34/2006, autoritatea contractantă consideră necesară precizarea că raportarea la prevederile art. 181 din O.U.G. nr. 34/2006 nu mai este de actualitate, la data evaluării ofertei contestatorului fiind în vigoare Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, care conține alte prevederi cu privire la situația ofertantului și motivele de excludere ale acestuia.

Astfel, dacă anterior modificării legislației privind achizițiile publice, respingerea devenea pertinentă/legală în condițiile în care se îndeplineau, cumulativ, cele trei condiții: neîndeplinirea contractului să fie aferentă ultimilor 2 ani, motivele de neexecuţie să fie imputabile acelui ofertant și beneficiarul să fi reclamat grave prejudicii, în prezent, Legea nr. 98/2016 reglementează această situație prin art. 167 alin. (1) și (8).

În acest caz, având în vedere mențiunea S.C. ...S.A. din cadrul Documentului constatator nr. ... *„numeroase întârzieri la livrare, astfel încât firmei i-au fost calculate penalități de întârziere în sumă totală de 2.413,62 lei",* autoritatea contractantă a luat în considerare încălcarea repetată a obligațiilor principale ce-i reveneau contestatorului în cadrul unui contract de achiziții publice, cât și plata de daune interese.

Drept urmare, ... a considerat că sunt incidente prevederile art. 167 alin. (1) și (8) din Legea nr. 98/2016.

4. Mai mult decât atât, autoritatea contractantă susține că a identificat în cadrul platformei SEAP, Documentul constatator nr. ... (Document constatator referitor la îndeplinirea obligațiilor contractuale - primar) emis de ... pentru S.C. ... S.R.L., acesta având calitatea de contractant în cadrul contractului nr. ...„Automacara 35 to" și în cadrul căruia se menționează că NU a fost îndeplinit în mod corespunzător contractul, precum și faptul că termenul maxim de livrare a fost depășit cu 7 zile calendaristice.

Având în vedere faptul că acest Document Constatator a fost emis și își produce efecte și la acest moment, fiind publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice, cât și mențiunea din acest document, autoritatea

contractantă l-a avut în vedere cu ocazia evaluării ofertei contestatorului și a considerat îndeplinite condițiile privind încălcarea repetată a obligațiilor principale ce-i reveneau ofertantului în cadrul unui contract de achiziții publice.

Drept urmare, ... a considerat că sunt incidente prevederile art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Cu privire la răspunsul contestatorului la solicitarea de clarificări, prin care acesta susține că *„Acestea au fost argumentele pentru care în DUAE nu am precizat că ne aflăm în situațiile prevăzute la art. 167 din Legea nr. 98/2016, apreciind că nu sunt îndeplinite condițiile cumulative statuate de legiuitor”*, autoritatea contractantă consideră că această afirmație denotă faptul că întreaga adresă de răspuns a ofertantului se reduce la justificarea pentru care nu a precizat în cadrul DUAE că se află în situațiile prevăzute la art. 167 din Legea nr. 98/2016, iar nu la justificarea motivelor care au determinat eliberarea unor astfel de documente constatatoare.

În acest sens, în conformitate cu prevederile art. 171 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016 și analizând documentele aferente, autoritatea contractantă constată faptul că S.C. ... S.R.L. nu aduce, prin adresa sa și în termenul solicitat, niciun document sau argument suplimentar care să contrazică informațiile ce se regăsesc în cadrul documentelor deja existente la dispoziția comisiei de evaluare.

În același timp, prin adresele înregistrate la ...cu nr. 92/15339/08.03.2017 și nr. 92/18206/14.03.2017, contestatorul nu aduce elemente de tipul celor prevăzute la art. 171 alin. (1) din Legea 98/2016, iar precizările efectuate de acesta în adresele sale de răspuns transmise după data de 15.02.02017, nu aduc elemente noi care să contrazică constatările autorității contractante.

Spre exemplu, mențiunile ofertantului cu privire la „prejudiciu grav”, nu pot fi luate în considerare de autoritatea contractantă, întrucât condițiile ca aceste încălcări să duca la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune interese sau alte sancțiuni comparabile, nefiind cumulative.

Totodată, autoritatea contractantă subliniază faptul că, prin clarificările transmise, a solicitat explicații contestatorului cu privire la cele patru documente constatatoare negative identificate, iar acesta, deși a avut posibilitatea să clarifice aprecierile înscrise de către Beneficiari, nu a oferit explicații concludente în acest sens. Astfel, S.C. ... S.R.L. a răspuns la solicitarea de clarificări transmisă, cu privire la încadrarea acestuia în prevederile art. 167 din Legea nr. 98/2016, în termenul solicitat, 15.02.2017, prin încărcarea în SEAP la data de 15.02.2017, ora 14:41, a adresei nr. 263/15.02.2017, în care nu a tratat solicitările de clarificare la care s-a făcut referire, respectiv documentele constatatoare, ci a prezentat, într-un cadru general, diverse spețe din practica instanțelor naționale, cât și din practica CEJ, cu referire la anumite aspecte legislative.

De asemenea, în cadrul comunicării rezultatului procedurii, transmisă prin adresa nr. 92/25781/13.04.2017, autoritatea contractantă i-a adus la cunoștință contestatorului motivele pentru care dovezile

prezentate de acesta nu au putut face dovada „credibilității” și „fiabilității” sale.

În ce privește afirmația contestatorului că „*totuși condiția gravității prejudiciului este îndeplinită doar în măsura in care, acest fapt, este nu numai expres evidențiat de pretinsul prejudiciat, dar și dovedit, ... respectiv printr-o hotărâre judecătorească definitivă”,* autoritatea contractantă reiterează faptul că aceasta este contrazisă chiar de existenta unei sentințe finale a instanței de judecată, temeinicia emiterii documentului constatator care atestă îndeplinirea necorespunzătoare a contractului fiind confirmată de Curtea de Apel prin sentința definitivă nr. 684/15.02.2017.

Cu privire la precizările formulate de către contestator în ceea ce privește „*expresia priorității principiului proporționalității*”, autoritatea contractantă arată că aceasta nu presupune încălcarea celorlalte principii aplicabile în domeniul achizițiilor publice. După cum s-a menționat anterior, s-au cerut clarificări contestatorului, aducându-i la cunoștință identificarea celor patru documente constatatoare negative, iar din informațiile furnizate de acesta, nu s-a condus la concluzia că respectivele documentele constatatoare ar fi fost emise în condiții de ilegalitate.

Referitor la afirmația contestatorului că „*În concret, subscrisa am avut rol de integrator în contractul în cauză*”, cu referire la documentul constatator nr. ... emis de ..., autoritatea contractantă precizează că ofertă acestuia a fost declarată câștigătoare, astfel, acesta având în cadrul contractului încheiat, calitatea de parte contractantă și nu doar „rol de integrator”. Mai mult decât atât, faptul că depășirea termenului contractului s-a datorat producătorului unui element ce trebuia furnizat în cadrul contractului, nu exonerează S.C. ... S.R.L. de răspunderea privind îndeplinirea contractului.

De asemenea, având în vedere faptul că S.C. ... S.R.L. face referire la prevederi din O.U.G. nr. 34/2006, autoritatea contractantă solicită Consiliului să aibă în vedere faptul că această procedura de achiziție publică este guvernată de prevederile Legii nr. 98/2016 și ale H.G. nr. 395/2016, drept pentru care trimiterile la prevederile O.U.G. nr. 34/2006 nu au relevanță.

Astfel, chiar dacă documentul constatator negativ a fost emis pentru S.C. ... S.R.L. în perioada în care era în vigoare O.U.G. nr. 34/2006, acest fapt nu anulează motivele pentru care documentul constatator a fost emis de către autoritățile prejudiciate.

Referitor la afirmația contestatorului: „*Mai mult, am achitat voluntar toate sumele legal pretinse de Beneficiar [...]*”, autoritatea contractantă arată că Legea nr. 98/2016 reglementează această situație în cadrul art. 167 alin. (1) și (8) și, în acest caz, s-a luat în considerare încălcarea repetată a obligațiilor principale ce-i reveneau acestuia, în cadrul unui contract de achiziții publice, cât și plata de daune interese, drept pentru care respectivele articole sunt incidente în speță.

În ce privește mențiunea contestatorului: „*Prin inserarea în certificatul în cauză a sintagmei «nu este cazul», emitentul a precizat lipsa prejudiciului*”, autoritatea contractantă face precizarea că în cadrul

documentului constatator nr. ..., ..., se evocă faptul că NU a fost îndeplinit în mod corespunzător contractul și că NU au fost furnizate anumite echipamente, acesta fiind obligat să organizeze o nouă licitație publică și să asigure din surse proprii plata echipamentelor respective. De asemenea, se menționează clar faptul că prin nefurnizarea echipamentelor respective, a fost creat un prejudiciu autorității publice. Așadar, este evident că sintagma „Nu este cazul” a rămas stipulată la acest punct dintr-o eroare de redactare. În același context, se reține faptul că la punctul 8 din cadrul Documentului constatator este precizat că acest contract NU a fost îndeplinit în mod corespunzător.

În privința punctului în cadrul căruia contestatorul afirmă că *„Din simpla lecturare a acestui document constatator se poate observa lipsa evidențierii oricărui prejudiciu, sens în care, nici nu poate fi vorba despre îndeplinirea condiției existenței prejudiciului «grav»”*, autoritatea contractantă subliniază faptul că în cadrul contractului nr. 1191/28.04.2016, având ca obiect livrarea unei autocisterne cu bazin din fibră de sticlă cu capacitatea de 10.000 l, CPV 34223200-8, pentru care a fost emis Documentul constatator final nr. ..., așa cum s-a descris și mai sus, instituția emitentă a Documentului constatator în cauză – S.C. ...S.A. ...- confirmă indirect că nerespectarea de către S.C. ... S.R.L. a obligațiilor contractuale, au condus la încetarea anticipată a contractului, din moment ce aceasta a fost nevoită să reia procedura de achiziție publică.

Totodată, conform informațiilor din Documentul constatator final nr. ... emis de S.C. ...S.A. ..., durata respectivului contract a fost de 30 zile: 28.04.2016 - 28.05.2016, iar documentul a fost emis în data de 31.05.2016, ulterior termenului de livrare, rezultând faptul că acest contract nu a fost executat 100% de către Prestator.

Prin urmare, autoritatea contractantă evocă faptul că această situație se încadrează in prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016 și, prin urmare, afirmația contestatorului de la acest punct nu este valabilă.

Cu privire la punctul referitor la Documentul constatator nr. ... (Document constatator referitor la îndeplinirea obligațiilor contractuale - final), în cadrul căruia instituția emitentă S.C. ...S.A. menționează că *„pe parcursul derulării contractului au fost înregistrate numeroase întârzieri la livrare, astfel încât firmei i-au fost calculate penalități de întârziere în sumă totală de 2.413,62 lei”*, față de care S.C. ... S.R.L. susține că *„atâta timp cât subscrisa am plătit compensația solicitată de autoritatea contractantă [...]”*, ... a reținut prevederile art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Referitor la afirmația ofertantului potrivit căreia *„ulterior acestor ultime două achiziții, între subscrisa și beneficiarii tradiționali [...] s-au mai încheiat contracte de achiziție publică, situație în care, chiar și derularea unor contracte ulterioare, constituie proba faptului că cele două certificate constatatoare nu pot constitui temei de excludere [...]”*, autoritatea contractantă evocă faptul că aceasta nu se poate pronunța în ce măsura a fost oportună alegerea sa ca ofertant câștigător de către aceste autorități contractante, ulterior emiterii unor documente în care,

aceleași instituții descriu situații de nerespectare a termenelor contractuale, situații în care au fost înregistrate întârzieri la livrare și aplicarea de penalități în consecință etc., precum și că, odată cu emiterea unui document constatator negativ de către o autoritate contractantă, prejudiciul este deja consfințit, iar aceste informații au fost deja publicate în SEAP, fapt ce nu poate fi anulat, deoarece faptele care au condus la această acțiune au avut loc și au produs consecințe, chiar dacă ulterior respectivele instituții au mai încheiat contracte de achiziție publică cu S.C. ... S.R.L.

Totuși, autoritatea contractantă arată că în cadrul acestui Document constatator final, emis de către S.C. ...S.A., urmare încheierii contractului nr. ...- contract furnizare eurocontainere zincate 1.1 mc, aceasta menționează că NU a fost îndeplinit în mod corespunzător contractul.

Cu privire la afirmația contestatorului referitoare la documentul emis de ... cu nr. 10.100/11.06.2016, în sensul că *„... Beneficiarul a evidențiat faptul că nu este cazul unor prejudicii, întârzierea cu șapte zile a livrării nu a produs vreo consecință acestuia”*, autoritatea contractantă reiterează mențiunea reținută în cadrul procesului-verbal nr. 31/21.03.2017, raportată la respectivul document constatator, în cadrul căruia autoritatea emitentă a menționat că NU a fost îndeplinit în mod corespunzător contractul.

Cu privire la afirmația contestatorului potrivit căreia *„aceste întârzieri sunt generate de factori externi”*, autoritatea contractantă reiterează faptul că în contractele respective, S.C. ... S.R.L. a fost parte contractantă, oferta sa fiind stabilită câștigătoare în urma unui proces de evaluare, acesta asumându-și toate obligațiile și riscurile aferente respectivelor contracte prin depunerea ofertei sale. Prin urmare, răspunderea pentru îndeplinirea necorespunzătoare a contractelor de achiziție publică revine numai operatorului economic S.C. ... S.R.L., în calitatea sa de Contractant și nu altor operatori economici (furnizori, subcontractanți).

Prin urmare, afirmația contestatorului potrivit căreia este absolvit de orice culpă în ce privește întârzierile cauzate în cadrul contractelor în care a fost parte contractantă, nu este valabilă.

În concluzie, având în vedere cele menționate mai sus, cât și prevederile art. 167 alin. (1) lit. h) și art. 171 alin. (1) din Legea 98/2016, precum și faptul că formularul DEAU cuprinde întrebări la care ofertantul are posibilitatea de a răspunde în cazul în care se află în vreuna dintre situațiile cu conținut negativ, autoritatea contractantă susține că S.C. ... S.R.L. a avut posibilitatea, la momentul completării DEAU, să menționeze informațiile cu privire la documentele constatatoare negative, oferind justificări prin care să susțină lipsa culpei în privința emiterii acestor documente, așa cum susține, cât și dovezi prin care să demonstreze buna credință în privința îndeplinirii obligațiilor în cazul angajării în cadrul unui contract.

Astfel, autoritatea contractantă susține că prin bifarea realizată de contestator în cadrul DEAU, partea a III-a - Motive de excludere, secțiunea C - Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, acesta a ascuns neîndeplinirea unor obligații

contractuale, în acest mod oferind informații false cu privire la motivele de excludere și la îndeplinirea cerințelor de calificare.

Totodată, în cadrul DEAU Partea VI - Declarații finale, contestatorul declară că: *„Subsemnatul declar că informațiile prezentate în părțile II - V de mai sus sunt exacte și corecte și că au fost furnizate cunoscând pe deplin consecințele cazurilor grave de declarații false. [...]”.*

Mai mult, având în vedere faptul că rolul DUAE este acela de a confirma inițial faptul că ofertanții îndeplinesc criteriile de calificare stabilite prin documentația de atribuire, atunci când o ofertă este respinsă pentru aspecte ce țin de documentele justificative aferente informațiilor oferite în DUAE, rezultă implicit că acea ofertă este respinsă întrucât nu îndeplinește criteriile de calificare.

În acest sens, autoritatea contractantă arată că oferta S.C. ... S.R.L. nu a fost respinsă la momentul etapei de evaluare a DUAE, deoarece nu s-au luat în considerare declarațiile prezentate ulterior.

Totodată, autoritatea contractantă învederează și următoarele prevederi cuprinse în Regulamentului de punere în aplicare (UE) 2016/7 al Comisiei din 5 ianuarie 2016 de stabilire a formularului standard pentru documentul european de achiziție unic (pag. 3/17): *„Operatorii economici pot fi excluși din procedura de achiziții publice sau pot fi urmăriți în justiție în temeiul legislației naționale în cazuri grave de declarații false atunci când au completat DEAU sau, în general, atunci când au furnizat informațiile solicitate pentru verificarea absenței motivelor de excludere sau a îndeplinirii criteriilor de selecție ori în cazul în care nu au divulgat aceste informații sau nu au fost în măsură să prezinte documentele justificative”*.

În ceea ce privește afirmația contestatorului față de faptul că dovezile prezentate de acesta și prevăzute la art. 171 din Legea nr. 98/2016 au fost *„suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere*”, respectiv *„Implementarea unui sistem CRM- CAS [...], cursuri de management de proiect pentru echipe, angajarea unui consultant expert în derularea de procese operaționale [...]*”, nu au nicio relevanță față de situația descalificării acestuia.

Concluzionând, ... solicită C.N.S.C. respingerea pe fond a contestației formulate de S.C. ... S.R.L.

Prin adresa nr. 273/16.05.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 18903/16.05.2017, S.C. ... S.R.L., a înaintat cerere de intervenție, prin care solicită admiterea acesteia și respingerea contestației.

Motivele concrete pe care le are în vedere intervenientul, sunt următoarele:

Pe cale de excepție:

1. Contestația este lipsită de interes/lipsită de obiect.

Reținând că oferta contestatorului a fost respinsă atât pentru motive de inacceptabilitate, ca urmare a incidenței dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, cât și pentru motive de neconformitate, constând în aprecierea răspunsurilor de clarificare solicitate de autoritatea contractantă ca fiind neconcludente, respectiv acest ofertant

nu a clarificat în mod adecvat motivul pentru care a declarat în cadrul formularului D.U.A.E că nu s-ar afla în vreuna din situațiile prevăzute de art. 167 din Lege, intervenientul apreciază că respectiva contestație vizează numai primul motiv de respingere.

Astfel, din contestația formulată, intervenientul reține că, în raport cu motivele de respingere invocate de autoritatea contractantă, contestatorul a omis să facă referiri la incidența în privința deciziei de respingere a dispozițiilor art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016.

În consecință, având în vedere că prin contestație s-a solicitat doar anularea raportului procedurii de atribuire, în ceea ce privește concluzia respingerii ofertei și a comunicărilor privind rezultatul procedurii de atribuire (actele subsecvente raportului), respectiv nu s-a solicitat și anularea înscrisurilor procedurale anterioare momentului întocmirii raportului procedurii de atribuire, cum ar fi procesele-verbale ale comisiei de evaluare, prin care s-a reținut caracterul neconcludent al răspunsurilor comunicate de contestator, coroborat cu omisiunea acestuia de a aduce vreo critică concretă referitoare la neincidenţa în speță a dispozițiilor art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016 sau alte asemenea critici, intervenientul arată că această contestație este lipsită de obiect.

Concret, intervenientul se raportează la principiul disponibilității, în virtutea căruia completul de soluționare este obligat să se pronunțe numai cu privire la ceea ce s-a cerut, astfel cum această solicitare a fost expusă în cuprinsul cererii de chemare în judecată, cu consecința ca, odată ce contestatorul nu s-a referit la toate motivele de respingere și nu a solicitat anularea tuturor înscrisurilor prin care s-au materializat deciziile comisiei de evaluare, aceste vicii nu pot fi acoperite, iar contestația trebuie respinsă pe cale de excepție.

2. Contestația este tardiv formulată.

Așa cum rezultă din contestație, S.C. ...S.R.L. a primit comunicarea deciziei de respingere a ofertei și, în data de 24.04.2017 a procedat la formularea unei notificări prealabile cu privire la decizia de a contesta această decizie. În continuare, în contestație se menționează că autoritatea contractantă nu a formulat niciun punct de vedere la notificarea prealabilă.

Coroborând aceste informații cu dispozițiile art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, respectiv art. 8 alin. (2) lit. b) din același act normativ, intervenientul precizează că cele trei zile în care autoritatea contractantă avea dreptul să răspundă la notificare, calculate începând cu ziua următoare primirii notificării prealabile, s-au împlinit în data de 27.04.2017, astfel încât termenul de 10 zile pentru înaintarea contestației a început să curgă începând cu ziua următoare împlinirii termenului prevăzut la art. 6 alin. (4), respectiv din 28.04.2017.

Or, raportat la acest termen, intervenientul constată că S.C. ...S.R.L. avea obligația să depună contestația până cel târziu în cursul zilei de luni 08.05.2017, iar din informațiile afișate de site-ul C.N.S.C. rezultând că aceasta a fost înregistrată la data de 09.05.2017 sub nr. 17774.

În consecință, sub rezerva că pe baza dovezilor de comunicare existente la dosar, se confirmă depunerea contestației în data de

09.05.2017, intervenientul solicită punerea în discuție și admiterea excepției tardivității contestației.

Pentru motive de netemeinicie, referitor la alegațiile contestatorului în privința neretroactivității legii civile, intervenientul arată că obiectul de reglementare al dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 vizează acele împrejurări în care un operator economic și-a încălcat în mod grav și/sau repetat obligațiile contractuale principale, cu consecința rezilierii contractului, a plății de daune interese sau alte sancțiuni comparabile, fără a prezenta nicio însemnătate mijlocul/instrumentul prin care comisia de evaluare ia la cunoștință despre existența unor astfel de împrejurări.

Ca atare, intervenientul precizează că susținerile și trimiterile la o serie de decizii anterioare, sunt complet irelevante și neaplicabile în acest caz, în condițiile în care nu documentul constatator este elementul generator al situației de respingere, ci omisiunea contestatorului de a duce la bun sfârșit un număr de 4 contracte anterioare, care s-au finalizat prin reziliere și/sau au fost aplicate penalități/daune interese.

Referitor la legalitatea și/sau sustenabilitatea deciziei autorității contractante, intervenientul evidențiază cel puțin două motivații, care răspund în integralitate criticilor aduse cu privire la decizia adoptată în privința ofertei S.C. ...S.R.L.

În primul rând, intervenientul susține faptul că S.C. ...S.R.L. se află în situația de a fi prezentat informații false în cadrul formularului D.U.A.E., în sensul că a declarat că nu se află în niciuna din situațiile prevăzute la art. 167.

Pornind de la această situație certă, care nu poate fi ignorată ori circumstanțiată, intervenientul precizează că, odată ce autoritatea contractantă a constatat existența a cel puțin 4 (patru) împrejurări care pot fi reținute ca fiind dintre ipotezele la care se referă art. 167 alin. (1) lit. g), aceasta era obligată să procedeze la respingerea ofertei în temeiul dispozițiilor art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016.

Astfel, raportat la informațiile care se solicită a fi completate în cadrul secțiunii C din DUAE, respectiv la rubrica „Operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă”, S.C. ...S.R.L. avea obligația să indice cel puțin fiecare dintre cele 4 situații de excludere, ulterior, lăsând la aprecierea autorității contractante să stabilească dacă în spețele prezentate, operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă, dacă s-au luat măsuri de auto corectare, dacă aceste măsuri pot fi apreciate ca fiind suficiente, etc.

Ori, în cazul de față, S.C. ...S.R.L. a omis să indice cele 4 situații de neîndeplinire a unor obligații contractuale, respectiv a ascuns informațiile referitoare la cele 4 contracte și, pe cale de consecință, s-a făcut vinovat de declarații false la furnizarea informațiilor solicitate pentru verificarea absenței motivelor de excludere din D.U.A.E., apreciază intervenientul.

În continuare, S.C. ... S.R.L. face trimitere și la Regulamentul de Punere în Aplicare (UE) 2016/7 al Comisiei din 05.01.2016, de stabilire a formularului standard pentru documentul european de achiziție unic, în cuprinsul căruia se precizează în mod explicit că: „... *Operatorii economici pot fi excluși din procedura de achiziții publice sau pot fi*

urmăriți în justiție în temeiul legislației naționale în cazuri grave de declarații false atunci când au completat DEAU sau, în general, atunci când au furnizat informațiile solicitate pentru verificarea absenței motivelor de excludere sau a îndeplinirii criteriilor de selecție ori în cazul în care nu au divulgat aceste informații sau nu au fost în măsură să prezinte documentele justificative. ...”

În concluzie, intervenientul opinează că toate susținerile contestatorului sunt irelevante în speță, întrucât acestea ar fi putut luate în considerare numai în măsura în care erau enumerate și în cadrul D.U.A.E.

În al doilea rând, parcurgând chiar și numai informațiile referitoare la licitația organizată de Județul ... (anunț de participare nr. ...) cu finanțare din Fondul European pentru Dezvoltare Regională (F.E.D.R.), având o valoare a contractului de 6.448.000 lei (TVA inclus), intervenientul arată că pe baza informațiilor publice disponibile se poate constata că S.C. ...S.R.L. nu a livrat 5 autospeciale cu o valoare de aprox. 60% din contract, punând autoritatea contractantă în situația de a pierde finanțarea europeană, context în care, invocarea în contestație a unei presupuse culpe a furnizorului de șasiuri, apare ca fiind complet neserioasă/nerelevantă.

Astfel, intervenientul menționează că, în cuantificarea prejudiciului suferit, autoritatea contractantă a reluat procedura de atribuire prin anunțul de participare nr. ..., cu finanțare de la bugetul de stat (valoare estimată 3.586.205 lei fără TVA) pentru Autoscări - 2 bucăți; Autospeciale de intervenție de medie capacitate cu spumă - 3 buc., câștigătorul desemnat fiind S.C. ...S.A., la data de 12.04.2016, cu o valoare de 4.303.442,40 lei (TVA inclus), astfel după cum se poate constata din anunțul de atribuire nr. 168583/26.04.2016, context în care afirmația contestatorului potrivit căreia: *„De asemenea, menționăm faptul că aceleași echipamente au fost preluate ulterior de autoritatea contractantă, neexistând practic niciun prejudiciu, așa după cum instanța de judecată reține*”, poate fi interpretată inclusiv ca fiind o recunoaștere a unei înțelegeri anti-concurențiale, prin care a fost influențat rezultatul unei proceduri de atribuire.

De altfel, intervenientul face trimitere la consultarea informațiilor disponibile la adresa http://portal.iust.ro/87/SitePages/Dosar.aspx7id dosar=87000000000063935&id_inst=87, unde se relevă următoarele:

- în Dosarul nr. ..., s-a respins cererea de suspendare a documentului constatator, care produce efecte de plin drept;
- în Dosarul nr. ..., s-a dispus repunerea pe rol a cauzei cu termen de judecată în data de 24.05.2017, cu următoarea motivare: *„În temeiul art. 400 Cod procedură civilă, repune cauza pe rol pentru a se pune în discuția părților necesitatea completării probatoriilor sub aspectul depunerii la dosar a Hotărârii Consiliului Județean ... nr. 190/22.12.2015, adresa nr. 144/06.01.2016 a Consiliului Județean ..., însoțită de răspunsul Autorității Naționale pentru Achiziții Publice; adresa nr. 14.556/11.12.2015 a Biroului Regional pentru Cooperare Transfrontalieră pentru granița Româno - Bulgară; documentul nr. ..., înscrisuri vizând cuantumul prejudiciului cauzat. Fixează termen de judecată la data de 24*

mai 2017, pentru când se vor cita părțile. Pronunțată în ședință publică, astăzi 03 mai 2017".

Concluzionând, S.C. ... S.R.L. susține că, contrar supozițiilor vehiculate de contestator și independent de soluția ce va fi pronunțată în acest dosar, în speță este vorba despre abateri contractuale grave, care au condus la rezilierea anticipată a contractului și la producerea de prejudicii directe, al căror cuantum face obiectul dosarului de mai sus, precum și la prejudicii indirecte, constând în pierderea finanțării din fonduri europene pentru acest proiect.

Prin adresa nr. 891/18.05.2017, înregistrată la Consiliu cu nr. 19501/18.05.2017, S.C. ... S.R.L. a solicitat accesul la dosarul achiziției publice, la care, C.N.S.C. a trimis adresa nr. 19616/1514/C7/18.05.2017, prin care comunică contestatorului acceptul cu privire la respectiva cerere, precum și transmiterea unui punct de vedere cu privire la excepțiile invocate de intervenient.

Prin adresa nr. 910/22.05.2017, înregistrată la Consiliu cu nr. 19979/22.05.2017, S.C. ... S.R.L. transmite răspunsul său la excepțiile invocate prin cererea de intervenție, în care arată următoarele:

Aspecte prealabile, calificarea cererii intervenientului.

Contestatorul evocă faptul că C.N.S.C. trebuie să procedeze la calificarea intervenției, funcție de conținutul acesteia și evident, raportat la dreptul subiectiv dedus judecății. Astfel, respectiva cerere trebuie calificată ca fiind o intervenție accesorie, întrucât prin natura obiectul litigiului între părțile originare (contestație împotriva deciziei de excludere, intervenientul nu poate pretinde acest drept pentru sine și mai mult, prin cererea de intervenție, nici nu clamează vreun drept propriu al acesteia, cererea nefăcând altceva decât să sprijine apărarea uneia dintre părți. (art. 61 NCPC).

Inadmisibilitatea unor excepții invocate de intervenient, dar care nu se regăsesc în apărările părții în sprijinul căreia intervine.

Conform art. 61 alin. (2) din NCPC, contestatorul arată că intervenția accesorie poate doar să sprijine apărarea uneia dintre părți, sens în care, orice alegații ale intervenientei accesorii, care depășesc apărările părții în sprijinul căreia a intervenit, apărări formulate de acestea din urmă prin actele procedurale proprii și în interiorul termenelor de decădere, urmează a fi respinse ca inadmisibile.

Astfel, din lecturarea apărărilor autorității contractante, se observă faptul că aceasta nu a invocat excepții de natura celor invocate de intervenient, sens în care, respectivele excepții trebuie respinse ca inadmisibile.

Pe fondul excepțiilor invocate de intervenientul S.C. ... S.R.L. și cu privire la excepția lipsei de interes/lipsei de obiect, S.C. ... S.R.L. arată că obiectul contestației îl reprezintă (i) Anularea deciziei intimatei prin care oferta sa a fost declarată ca fiind inacceptabilă și (ii) Anularea raportului procedurii nr. 128/765/13.04.2017, în partea referitoare la oferta sa, precum și anularea tuturor actelor subsecvente, inclusiv comunicările privind rezultatul procedurii de atribuire.

S.C. ... S.R.L. precizează faptul că obiectul contestației sale este clar, expres determinat, actele atacate fiind acte administrative în sensul

legii. Nu există nici un argument pentru a se ajunge la o concluzie contrară, în sensul că respectiva contestație este lipsită de obiect.

Astfel că alegațiile intervenientului, care nesocotesc chiar capetele de cerere și tind să înlăture dreptul persoanei vătămate de a solicita anularea actelor apreciate ca fiind contrare legii, sunt simple speculații, fără vreun fundament juridic.

Referitor la susținerea intervenientului, în sensul că S.C. ... S.R.L. ar fi omis să facă referiri la incidența art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, acesta arată că, dincolo de faptul că susținerea în sine nu este aptă să conducă la admiterea vreuneia din cele două excepții, dar, mai mult, solicită C.N.S.C. să observe faptul că, toate apărările sale explică de ce, în mod greșit (și fără o analiză completă, riguroasă), oferta sa a fost declarată inacceptabilă.

Pe de o parte, contestatorul apreciază că a arătat că decizia autorității contractante și raportul procedurii nu sunt motivate, respectiv nu cuprinde cauzele/motivele pentru care intimata a apreciat ca nefiind concludente răspunsurile sale. Iar, pe de altă parte, decizia autorității contractante, respectiv raportul procedurii, stabilesc greșit că oferta sa este inacceptabilă, prin raportare la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

În sensul celor arătate, contestatorul evocă decizia ÎCCJ nr. 1580/2008), cât și jurisprudența Curții Europene de Justiție, respectiv cauza C 509/1993.

Referitor la susținerea intervenientului că S.C. ... S.R.L. a atacat doar decizia și raportul procedurii, acesta precizează că este esențial de observat că decizia autorității contractante de excludere a sa din procedura de atribuire, a fost comunicată și (ne)motivată, prin înscrisul procedural numit „Raportul procedurii nr. 128/765/13.04.2017”, sens în care, acesta este actul administrativ care produce consecințe juridice și contestabil (pe cale de consecință) și nicidecum înscrisuri necomunicate, cum pretinde intervenientul, sens în care, se solicită respingerea acestei excepții.

Cu privire la excepția tardivității formulării contestației, S.C. ... S.R.L. precizează că a recepționat decizia autorității contractante de excludere din procedura de atribuire, („Raportul procedurii nr. 128/765/13.04.2017”), în data de 13.04.2015, a formulat notificarea prealabilă în data de 24.04.2017 (atașat dovezile de comunicare) și, urmare a neprimirii răspunsului la notificare, cu respectarea dispozițiilor art. 8 alin. 2 lit. b) din Legea nr. 101/2016, a formulat contestația ce face obiectul prezentei cauze la data de 08.05.2017 (atașat dovezile de comunicare).

În concluzie, S.C. ... S.R.L. consideră că intervenientul face simple speculații, sens în care, solicită respingerea și acestei excepții.

Prin adresa nr. 911/22.05.2017, înregistrată la Consiliu cu nr. 20133/22.05.2017, S.C. ... S.R.L. transmite concluzii scrise, prin care răspunde apărărilor autorității contractante și intervenientului.

Cu privire la punctul de vedere al autorității contractante și la inadmisibilitatea completării actului administrativ, cu noi motive, în etapa jurisdicțională, contestatorul evocă faptul că și aceasta trebuie să își

motiveze decizia, sub sancțiunea art. 215 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, dar, prin răspunsul său, încearcă să suplinească motivele deciziei de respingere, făcând trimitere la un document, respectiv la o analiză care nu a fost comunicată. În realitate, aspectele la care face trimitere autoritatea contractantă, nu se regăsesc în actul contestat, el neputând fi analizat dincolo de însăși conținutul/limitele sale. Pretinsa existență a vreunei analize a autorității lipsește cu desăvârșire din cuprinsul actului administrativ (comunicat) și apt a produce efecte juridice și obligatoriu a fi motivat, chestiunea celorlalte pretinse argumente existente fiind absolut irelevantă. Toate aceste susțineri trebuie înlăturate *de plano*.

De altfel, contestatorul susține că prevederea specială din legislația achizițiilor publice, este doar o aplicație practică a principiului irevocabilității actului administrativ individual, odată intrat în circuitul civil (a se vedea în acest sens dispozițiile art. 1 alin. 6 din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, precum și jurisprudența Înaltei Curți de Casație și Justiție - decizia nr. 3.068 din 19.06.2012 sau decizia nr. 4.288 din 23.10.2012).

Astfel, contestatorul solicită înlăturarea din apărările autorității contractante, a chestiunilor ce exced celor precizate în raportul procedurii - fila 8/10 (contestat în prezenta cauză), în special cele referitoare la pretinsele analize din procesul - verbal nr. 31/21.03.2017, necomunicat, efectuate cu ocazia verificărilor documentelor constatatoare, inclusiv motivele de respingere a dovezilor prezentate de acesta în demonstrarea credibilității, raportat la motivele de excludere.

Cu privire la celelalte apărări ale autorității contractante, contestatorul remarcă elementele noi în susținerile acesteia, la care nu mai poate face decât simple comentarii, care să nu ducă la completarea contestației, potrivit art. 21 alin. (3) din Legea nr.101/2016.

Sub un prim aspect, contestatorul consideră că autoritatea contractantă nu prezintă nicio explicație pentru care actul său administrativ nu cuprinde acea pretinsă analiză realizată, iar sub un al doilea aspect, se observă faptul că aceasta are propria viziune asupra relevanței informațiilor cuprinse în cele patru certificate, viziune care depășește chiar si ceea ce este înscris în aceste certificate. Mai mult, se observă faptul că, intimata din prezenta cauză pare a se substitui chiar eventualului vătămat, extrapolând cu privire la *gravitatea constatărilor din cele 4 certificate.*

*Practic, eludând complet scopul și finalitate*a dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 101/2016 și faptul ca nici un moment legiuitorul nu a considerat că simpla existență a unor certificate conduce la excluderea din procedură, contestatorul arată că autoritatea contractantă i-a respins oferta ca inacceptabilă. Or, pe de o parte, dacă aceasta avea în continuare nelămuriri cu privire la relevanța documentelor, ar fi trebuit să solicite clarificări suplimentare și nu să interpreteze după cum dorește. Totodată, se ignora că ceea ce protejează norma legală este credibilitatea co-contractantului, nu faptul că derularea unor proceduri complexe conduce inevitabil la inconveniente.

În legătură cu certificatul emis de S.C. ...S.A., deși această autoritate contractantă a explicat faptul că suntem în prezența unei abateri neimputabile și minoră, care ulterior s-a și remediat (părțile chiar încheind alte contracte ulterior), cu toate acestea, contestatorul susține faptul că autoritatea contractantă a interpretat actul, exagerând în sensul existenței unei abateri grave.

Iar în ceea ce privește certificatul emis de către S.C. ...S.A., contestatorul arată că autoritatea contractantă s-a adresat chiar instituției emitente, însă omite să spună faptul că prin adresa de răspuns se precizează că *„Referitor la colaborarea cu acest furnizor, vă facem cunoscut că nu au mai existat dispute, ba chiar în urma unor solicitări suplimentare, acestea au fost duse la îndeplinire fără reproș*".

De asemenea, contestatorul evocă faptul că și în privința certificatului de la ..., autoritatea contractantă interpretează greșit informații de pe portalul instanțelor. Se reține, de exemplu, faptul că, acțiunea de anulare a documentului constatator ar fost respinsă irevocabil, total eronat, dacă această motivare ar fi fost adusă la cunoștință anterior formulării contestației. În realitate, cererea de suspendare a fost respinsă, iar în ceea ce privește acțiunea în anulare, ca urmare a cererii de completare formulată, instanța a clarificat că nu există un prejudiciu. Mai mult, intimata omite să precizeze faptul că în certificatul în cauză (cel de la ...) se menționează clar, în dreptul rubricii prejudiciu, că „nu este cazul" de un astfel de prejudiciu. Este mai mult decât evident faptul că o astfel de omisiune este determinantă cauzei, întrucât citarea trunchiată a unor documente, care sunt încă supuse judecății/anulării, nu poate constituii motiv de restricționare a dreptului de a face comerț cu autoritățile publice.

Având în vedere că autoritatea contractantă s-a limitat a prezenta prin răspunsul său, aspecte care niciodată nu au fost comunicate sau aduse în discuție și nu a răspuns aspectelor punctuale prezentate prin contestație, S.C. ... S.R.L. precizează că își menține în integralitate poziția, din perspectiva analizei relevanței celor patru certificate.

Sub un alt aspect, contestatorul evocă faptul că, în interpretarea autorității contractante, abaterile ar fi grave și, mai mult, repetate.

În concret, contestatorul precizează că nu simpla divergență contractuală constituie motiv de excludere, ci evocă cele menționate de ANAP prin adresa nr. 4263/13.04.2017 (atașată contestației), *„prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, nu operează de drept ...", „oricărui operator ... îi este permis să prezinte dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere*", *„Astfel, potrivit art. 171 alin. (2) din Legea nr. 98/2017, 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".*

Contestatorul reiterează, de asemenea, faptul că, în măsura în care, prin înscrisurile comunicate și contestate în prezenta cauză), autoritatea contractantă ar fi motivat măsura excluderii sale și din prisma înlăturării

dovezilor prezentate în scopul demonstrării credibilității, prin raportare la motivele de excludere, atunci ar fi notificat și eventual ulterior contestat (inclusiv ar fi propus probe specifice - expertize, etc.) și aceste motive nou precizate de autoritatea contractantă prin punctul de vedere.

Referitor la cele precizate de intervenient, contestatorul face precizarea că principala diferență dintre aceștia, este dată de faptul că, în timp ce aceasta își desfășoară activitatea în proporție de 90% în sectorul public, intervenientul are activitate doar ocazională în acest sector. Consecința acestei diferențe este aceea că, măsura excluderii este și discriminatorie (a se vedea și principiile prevăzute de art. 2 din Legea nr. 98/2016), întrucât se referă exclusiv la contracte care au ca beneficiari autorități publice, sens în care, un ofertant care creează oricâte prejudicii particularilor, are dreptul să participe la o licitație publică, dar un ofertant care are probleme singulare (din sute de contracte riguros îndeplinite), pare a-i fi restrâns exercițiul drepturilor și această restrângere fiind aplicată de o altă autoritate decât puterea judecătorească.

Concluzionând, S.C. ... S.R.L. arată că toată argumentația intervenientului este o speculație pe marginea interpretării documentelor și a unor informații trunchiate pe care le citează, simpla lectură și analiza argumentelor aduse, demonstrând contrariul. Nu în ultimul rând, este falsă teza unei declarări asupra incidenței textului de lege, întrucât nu se află într-o astfel de ipoteză, dovadă că nici autoritatea contractantă nu reține o astfel de situație, care ar fi condus la declararea ofertei ca fiind inacceptabilă.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură de atribuire, prin licitație deschisă, aplicată integral prin utilizarea mijloacelor electronice, organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare, divizat pe loturi, având ca obiect „Autobasculantă 8x4 – 2 loturi”, cod CPV 34142300-7 Autobasculante (Rev.2), prin publicarea în S.E.A.P. a anunțului de participare nr. ....

Conform anunțului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”, iar valoarea estimată a contractului de furnizare este de 12.156.956 lei, fără TVA, iar pentru lotul 2 este de 5.210.124 lei, fără TVA, în procesul-verbal nr. 14/6081/03.11.2016, fiind consemnat faptul că 4 operatori economici au depus oferte, unul dintre aceștia fiind S.C. ... S.R.L., contestatorul din prezenta cauză.

În raportul procedurii nr. 128/765/13.04.2017, s-a menționat că oferta depusă de către S.C. ... S.R.L. a fost declarată câștigătoare, cu o propunere financiară de 5.207.880 lei, fără TVA.

Comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire a fost făcută de autoritatea contractantă către S.C. ... S.R.L. prin adresa nr. 25781/13.04.2017.

În conformitate cu prevederile Legii nr. 101/2016, S.C. ... S.R.L. a transmis autorității contractante notificarea prealabilă nr. 723/24.04.2017, la care aceasta nu a formulat niciun răspuns, împotriva refuzului autorității contractante de a răspunde la notificarea prealabilă și

împotriva deciziei de respingere, ca inacceptabilă, a ofertei sale, fiind formulată prezenta contestație.

În soluționare, Consiliul are în vedere faptul că după depunerea contestației de către S.C. ... S.R.L. a depus cerere de intervenție S.C. ... S.R.L., solicitând admiterea acesteia și respingerea contestației.

Cu privire la admiterea, în principiu, a cererii de intervenție formulată de S.C. ... S.R.L., având în vedere că interesul acestui ofertant este evident, în condițiile în care oferta depusă de S.C. ... S.R.L., în cadrul lotului 2, a fost desemnată câștigătoare, Consiliul o va admite în principiu.

Luând în considerare conținutul cererii de intervenție formulată de către S.C. ... S.R.L. prin raportare la conținutul contestației formulate de către S.C. ... S.R.L., în temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, coroborate cu cele ale art. art. 61 din NCPC, Consiliul califică cererea de intervenție ca fiind o intervenție accesorie, dată fiind natura obiectul litigiului dintre S.C. ... S.R.L. și ..., respectiv contestație împotriva deciziei de excludere din procedură a ofertantului contestator S.C. ... S.R.L.

Însă, contrar susținerilor contestatorului S.C. ... S.R.L., cum că intervenientul S.C. ... S.R.L. nu ar poate pretinde vreun drept pentru sine și mai mult, prin cererea sa de intervenție, nu ar clama vreun drept propriu, Consiliul are în vedere faptul că oferta depusă de către S.C. ... S.R.L. în cadrul lotului 2 aferent procedurii de atribuire a fost desemnată câștigătoare, prin demersul său, intervenientul urmărind și un interes propriu, respectiv acela de menținere a rezultatului procedurii de atribuire și de conservare a actelor administrative emise de autoritatea contractantă în cadrul acesteia.

În acest context, Consiliul se va pronunța, cu prioritate, asupra excepțiilor invocate de intervenient, chiar dacă acestea nu se regăsesc în apărările părții în sprijinul căreia intervine (în speță, ...).

În conformitate cu dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, conform cărora *„Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei”,* Consiliul va proceda, mai întâi, la soluționarea excepțiilor invocate de către intervenient, raportat la prevederile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

În ceea ce privește excepțiile invocate de către intervenientul S.C. ... S.R.L., față de contestația formulată de către S.C. ... S.R.L., Consiliul are în vedere următoarele:

Referitor la excepția lipsei de interes/lipsei de obiect, Consiliul are în vedere faptul că susținerile intervenientului cu privire la lipsa interesului contestatorului S.C. ... S.R.L., motivat de faptul că, în contestație, acesta nu a făcut vreo referire la prevederile art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016 atunci când a vorbit despre decizia de respingere a ofertei sale, ci a solicitat doar anularea raportului procedurii de atribuire nu și anularea înscrisurilor procedurale anterioare momentului întocmirii

acestuia, sunt susțineri neîntemeiate, urmând a fi respinse pe cale de consecință.

Astfel, Consiliul are în vedere că, în condițiile precizate la art. 2 alin. (1) coroborate cu art. 3 alin. (1) lit. f din Legea nr. 101/2016, operatorul economic ce se consideră vătămat poate formula contestație, sub condiția cumulativă a prezentării interesului față de procedură și a indicării unui prejudiciu (chiar viitor).

Astfel, calitatea procesuală și interesul nu pot fi raportate decât la dispozițiile art. 2 alin. (1) coroborat cu art. 3 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, ale art. 26 din aceeași lege, precum și la capetele de cerere din contestația formulată, acestea fiind de natură să justifice admisibilitatea acesteia.

În ceea ce privește excepția lipsei de obiect a contestației formulată de S.C. ... S.R.L., Consiliul are în vedere că, potrivit dispozițiilor art. 10 lit. e) și f), din Legea nr. 101/2016, *„contestația se formulează în scris și trebuie să conțină următoarele elemente: (....) e) obiectul contestației; f) motivarea în fapt și în drept a contestației”.*

În acest sens, Consiliul reține că, în cuprinsul contestației, S.C. ... S.R.L. a indicat, în mod explicit, actele autorității contractante considerate nelegale, respectiv raportul procedurii nr. 128/765/13.04.2017 care conține și decizia de respingere a ofertei sale, ca inacceptabilă.

Mai mult decât atât, Consiliul are în vedere și faptul că S.C. ... S.R.L. aduce argumente de fapt și de drept în susținerea criticilor sale, în conformitate cu dispozițiile legale citate anterior.

Pe cale de consecință, în baza art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul respinge excepția lipsei de obiect a contestației S.C. ... S.R.L., invocată de intervenientul S.C. ... S.R.L.

În raport de cele precizate anterior, Consiliul respinge excepția lipsei de interes și excepția lipsei de obiect în formularea contestației S.C. ... S.R.L., invocate de intervenientul S.C. ... S.R.L.

În ceea ce privește excepția tardivității contestației, invocată de intervenient, se reține faptul că, prin adresa nr. 910/22.05.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 19979/22.05.2017, S.C. ... S.R.L. a formulat răspuns, prin care a solicitat respingerea acestei excepții, contestatorul apreciind că a respectat termenul prevăzut de art. 6 din Legea nr. 101/2016.

Raportat la cele expuse anterior, Consiliul are în vedere faptul că, în prezenta speță sunt aplicabile dispozițiile art. 8 din Legea nr. 101/2016, conform cărora: *„(1) Persoana care se consideră vătămată de răspunsul primit la notificarea prealabilă sau care nu a primit niciun răspuns în termenul prevăzut la art. 6 alin. (4), precum și oricare persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: (...) a) 10 zile, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică, achiziție sectorială sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în*

raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, după caz."

Din probele administrate la dosarul cauzei, prin raportare la valoarea achiziției menționată în anunțul de participare nr. ... (12.156.956 lei) și a tipului de contract (furnizare), rezultă faptul că S.C. ... S.R.L. a respectat termenul prevăzut de art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, privind obligația operatorilor economici de a notifica autoritatea contractantă într-un anumit termen, respectiv în 10 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal.

Astfel, se constată că S.C. ... S.R.L. a formulat Notificarea prealabilă la data de 24.04.2017, prin adresa nr. 723, respectând termenul prevăzut la art. 6 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, la care autoritatea contractantă a nu a formulat niciun răspuns.

Urmare neprimirii răspunsului la notificarea prealabilă, în termen de 3 zile de la transmiterea acesteia, potrivit art. 8 alin. (2 lit. b)) din Legea nr. 101/2016, S.C. ... S.R.L. a transmis către C.N.S.C. contestația în termen, prin serviciul de curierat rapid, având inscripționat pe plicul de corespondență data de expediere 08.05.2017 și fiind înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 17774/09.05.2017, respectându-se termenul legal de 10 zile prevăzut la art. 5 alin. (1) și (2) din Legea nr. 101/2016.

În aceste condiții, constatându-se că S.C. ... S.R.L. a ales să comunice contestația prin serviciul de curierat rapid, cu înregistrare directă la sediul Consiliului, în termenul legal, Consiliul respinge critica intervenientului referitoare la tardivitate.

Pentru toate aceste considerente, Consiliul respinge excepțiile invocate de către intervenientul S.C. ... S.R.L., urmând a proceda la soluționarea, pe fond, a cauzei.

În soluționarea fondului cauzei, Consiliul are în vedere că aspectele contestate de către S.C. ... S.R.L. vizează decizia autorității contractante, de respingere, ca inacceptabilă a ofertei sale, în baza dispozițiilor art. 169 din Legea nr. 98/2016, coroborate cu art. 134 alin. (5) din Hg nr. 395/2016, decizie consemnată în raportul procedurii nr. 12B/765/13.04.2017, ce a constat în faptul că ofertantul contestator s-ar fi aflat în una dintre situațiile prevăzute la art. 164, 165 și **167** din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire, motivul de respingere constând în faptul că, în SEAP, la rubrica Documente-Documente constatatoare, pentru operatorul economic S.C. ... S.R.L. au fost identificate un număr de 45 de documente constatatoare, dintre acestea, patru fiind emise pentru neîndeplinirea corespunzătoare a obligațiilor contractuale.

Ca o chestiune prealabilă analizării aspectelor contestate și verificării legalității deciziei luate de autoritatea contractantă, prin raportare la documentele aflate la dosarul achiziției publice, Consiliul

constată că părțile în divergență au interpretări diferite legate de legea achizițiilor publice incidentă în speță.

Astfel, pe de-o parte, se constată că S.C. ... S.R.L. susține că, în condițiile în care autoritatea contractantă a luat măsura declarării ofertei sale, ca inacceptabilă, prin simpla constatare a pretinsei existențe a unui caz de excludere, respectiv existența a patru certificate constatatoare privind neîndeplinirea unor obligații contractuale, certificate emise în temeiul O.U.G. nr. 34/2006, apreciate ca fiind echivalentul unei excluderi de drept din procedura de achiziție, în opinia sa, ... trebuia să aibă în vedere că emiterea unui certificat constatator în temeiul O.U.G. nr. 34/2006 și H.G. nr. 925/2006 nu putea avea alte efecte decât cele prevăzute în actele normative mai sus citate, inclusiv în ceea ce privește întinderea acestor efecte, cât și modul de interpretare a acestor certificate (cauzele apreciate ca fiind abateri contractuale), adică certificatul constatator emis în temeiul celor două acte normative trebuie să se raporteze la legea în vigoare la momentul nașterii raportului juridic (data depunerii ofertei generatoare a certificatului în cauză).

În acest sens, contestatorul face referire și la dispozițiile art. 236 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, identic cu art. 253 alin. (4) din Legea nr. 99/2016, documentul constatator fiind unul din efectele contractului.

Pe de altă parte, se constată că prin punctul de vedere nr. 92/33969/16.05.2017, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 19175/17.05.2017, ... apreciază că, deși legea achizițiilor a suferit modificări, obligația de a se emite documente constatatoare există și în cadrul H.G. nr. 925/2006, pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, prin art. 97¹ și a rămas în continuare prin art. 166 din H.G. nr. 395/2016.

Astfel, cu privire la afirmațiile contestatorului conform cărora „Emiterea unui certificat constatator în temeiul O.U.G. nr. 34/2006 și H.G. nr. 925/2006, în aprecierea noastră, nu poate poate avea alte efecte decât cele prevăzute în actele normative mai sus citate, inclusiv în ceea ce privește întinderea acestor efecte, cât și modul de interpretarea a acestor certificate (cauzele apreciate ca fiind abateri contractuale), adică certificatul constatator emis în temeiul O.U.G. nr. 34/2006 și H.G. nr. 925/2006 trebuie să se raporteze la legea în vigoare la momentul nașterii raportului juridic (data depunerii ofertei generatoare a certificatului în cauză)”, autoritatea contractantă menționează faptul că, deși aceste documente constatatoare negative au fost emise pentru operatorul economic S.C. ... S.R.L. în perioada în care era în vigoare O.U.G. nr. 34/2006, acest fapt nu anulează motivele pentru care documentele constatatoare au fost emise de către autoritățile prejudiciate.

În plus, aceste informații au fost deja publicate în Sistemul Electronic de Achiziții Publice, fapt ce nu poate fi anulat, deoarece faptele care au condus la această acțiune au avut loc și au produs consecințe. Prin urmare, aceste documente există și își produc efecte și la acest

moment, iar autoritatea contractantă susține că le-a avut în vedere cu ocazia evaluării ofertei contestatorului.

Asupra aspectelor în divergență, Consiliul are în vedere dispozițiile art. 236 din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, conform cărora „(1) Prezenta lege se aplică procedurilor de atribuire inițiate după data intrării sale în vigoare.

(2)Procedurilor de atribuire în curs de desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei legi li se aplică legea în vigoare la data inițierii procedurii de atribuire.

(3) Prezenta lege se aplică contractelor de achiziție publică/acordurilor-cadru încheiate după data intrării sale în vigoare.

(4) Contractele de achiziție publică/Acordurile-cadru încheiate înainte de data intrării în vigoare a prezentei legi sunt supuse dispozițiilor legii în vigoare la data când acestea au fost încheiate în tot ceea ce privește încheierea, modificarea, interpretarea, efectele, executarea și încetarea acestora.”

Prin raportare la dispozițiile legale citate anterior și luând în considerare faptul că prezenta procedură de atribuire în cauză a fost demarată în data de 24.09.2016, conform mențiunilor din anunțul nr. 170048, publicat în SEAP, Consiliul constată că procedura de atribuire în cauză este organizată în baza Legii nr. 98/2016, privind achizițiile publice, aceasta fiind legea incidentă în speță, iar nu în baza OUG nr. 34/2006.

Într-adevăr, se reține faptul că, în decizia luată în ceea ce-l privește pe S.C. ... S.R.L., autoritatea contractantă s-a raportat la patru documente constatatoare, emise de anumite autorități contractante pentru acest operator economic în baza OUG nr. 34/2006 și HG nr. 925/2006.

Cu toate acestea, prin raportare la dispozițiile art. 236 din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, citate anterior în motivare, și luând în considerare faptul că prezenta procedură de atribuire a fost demarată ulterior intrării în vigoare a Legii nr. 98/2016, privind achizițiile publice, Consiliul constată că, în speță, sunt incidente dispozițiile acestui act normativ, neputându-se vorbi de vreo încălcare de către autoritatea contractantă a principiului neretroactivității legii, cum eronat susține contestatorul.

Astfel, se constată că, în evaluarea efectuată, autoritatea contractantă, în mod corect și legal, a avut în vedere dispozițiile Legii nr. 98/2016 iar nu dispozițiile OUG nr. 34/2006, cum eronat susține contestatorul că trebuia procedat.

Însă, în ceea ce privește evaluarea efectuată de către autoritatea contractantă în ceea ce-l privește pe ofertantul contestator și în ceea ce privește modalitatea de aplicare de către aceasta a dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, atunci când a evaluat și analizat cele patru documente constatatoare emise pe numele S.C. ... S.R.L., Consiliul constată caracterul excesiv și nefondat al evaluării efectuate.

Sub acest aspect, în soluționare, se reține ca incidente dispozițiile art. 167 din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, conform cărora

„(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a

contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: (...) g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile."

De asemenea, în conformitate cu prevederile alin. (8) al art. 167 din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, „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."

Din textul legal redat anterior, reiese că, în evaluare, autoritatea contractantă care se află în situația unui caz de excludere de natura celui în discuție, trebuie să evalueze dacă încălcarea de către un operator economic a obligațiilor contractuale **a fost gravă și repetată** a obligațiilor principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, **iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile**, legiuitorul în materie definind ce se înțelege prin *încălcări grave.*

Așadar, în evaluare, o autoritate contractantă este obligată să se raporteze la modul de interpretare dat de legiuitor termenului de *încălcare gravă a obligațiilor contractuale,* neputând deroga de la această interpretare sau neputându-și exercita atribuțiile, în mod abuziv, cu scopul excluderii unui ofertant doar pentru că acesta avea emise documente constatatoare.

Astfel, în verificarea pe care o va efectua cu privire la modul de evaluare, de către ..., a ofertei depusă de către S.C. ... S.R.L., Consiliul se va raporta la textul legal citat anterior în motivare și la interpretarea dată de legiuitor termenului de *încălcare gravă a obligațiilor contractuale*, urmând a verifica dacă, în evaluarea efectuată, autoritatea contractantă a fost în situația de a constata că modul de derulare de către S.C. ... S.R.L. a celor patru contracte de achiziții publice, pentru care s-au emis cele patru documente, au fost de natura unor încălcări grave a obligațiilor contractuale, astfel cum prevede textul art. 167 alin. (1), lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice și dacă, în evaluarea efectuată, ... a ținut seama de argumentele prezentate de ofertantul contestator în urma solicitării de clarificări primite.

Procedând la verificarea aspectelor sesizate, Consiliul are în vedere că *actul administrativ* atacat de către S.C. ... S.R.L. este raportul procedurii nr. 12B/765/13.04.2017, în cuprinsul căruia sunt menționi referitoare la oferta depusă de către ofertantul contestator, și anume faptul că decizia de respingere, ca inacceptabilă, a ofertei acestuia este motivată de faptul că, în urma verificărilor efectuate în SEAP, rubrica *Documente-Documente constatatoare*, pentru operatorul economic către S.C. ... S.R.L. au fost identificate un număr de 45 documente constatatoare, iar, dintre acestea, patru au fost emise pentru

neîndeplinirea corespunzătoare a obligațiilor contractuale, fapt ce a atras, în opinia autorității contractante, incidența dispozițiilor 167 alin. (1), lit. g) și alin. (8), al art. 169 din Legea nr. 98/2016, coroborate cu cele ale art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

În soluționare, Consiliul are în vedere că aspectele care au fost avute în vedere de către ... în decizia de respingere, ca inacceptabilă, a ofertei depusă de către S.C. ... S.R.L., au constat în faptul că răspunsul dat de acesta, prin adresa nr. 263/15.02.2017, la solicitarea de clarificări nr. 14/1859/10.02.2017, adresată de comisia de evaluare, a fost considerat neconcludent.

Totodată, se reține că, în decizia luată, autoritatea contractantă a avut în vedere și faptul că nu a putut lua în considerare, în evaluarea ofertei, adresele trimise ulterior depunerii în platforma SEAP a adresei nr. 263/15.02.2017, așadar ulterior termenului de răspuns, respectiv 15.02.2017.

De asemenea, Consiliul reține că, la fila 8/10 din raportul procedurii nr. 12B/765/13.04.2017, ... a menționat că evaluarea celor patru documente constatatoare se regăsește în Grila de evaluare, precum și în Procesele-verbale de evaluare nr. 14/521/12.01.2017, 14/1852/10.02.2017 și 31/21.03.2017, astfel încât respinge susținerile contestatorului conform cărora în raportul procedurii nu se regăsesc informații despre motivele care au stat la baza deciziei sale, Consiliul constatând că, în evaluarea efectuată, în concordanță cu prevederile art. 131 din HG nr. 395/2016, care prevăd că „(2) Membrii comisiei de evaluare au dreptul de a analiza și evalua documentele depuse de ofertanți/candidați individual și/sau în ședințe comune”, comisia de evaluare a procedat corect și legal atunci când a consemnat în raportul procedurii doar decizia, motivată legal, de respingere a ofertei depusă de S.C. ... S.R.L., fără detalierea amănunțită a acesteia, în condițiile în care a făcut referire la documentele aflate la dosarul achiziției publice unde se regăsește analiza și evaluarea documentelor depuse de către ofertantul contestator, redarea acestora și în raportul procedurii nefiind obligatorie, cum eronat susține contestatorul.

În verificarea pe care o va efectua Consiliul se va raporta doar la demersurile efectuate de către autoritatea contractantă în etapa de evaluare a ofertelor și la documentele avute în vedere de aceasta în luarea deciziei de respingere a ofertei depusă de către de S.C. ... S.R.L.

Verificând aceste demersuri efectuate de către ..., în luarea deciziei de respingere, ca inacceptabilă, a ofertei depusă de către S.C. ... S.R.L., Consiliul constată că acestea au fost pur formale și au constat doar în solicitarea unei clarificări, prin adresa nr. 14/1859/10.02.2017, în urma căreia răspunsul dat de ofertantul contestator, prin adresa nr. 263/15.02.2017, a fost considerat neconcludent.

În soluționare, pentru a se stabili dacă decizia autorității contractante, de respingere, ca inacceptabilă, a ofertei depusă de către S.C. ... S.R.L., pe motiv că răspunsul dat de acest ofertant prin adresa nr. 263/15.02.2017, a fost neconcludent, Consiliul are în vedere conținutul solicitării de clarificări, transmisă prin adresa nr. 14/1859/10.02.2017.

Sub acest aspect, se reține că la filele 344-346 din dosarul achiziției publice, transmis de autoritatea contractantă la dosarul cauzei prin adresa nr. 33969/16.05.2017, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 19153/17.05.2017, se regăsește adresa în discuție (nr. 14/1859/10.02.2017), la punctul 3 din cuprinsul acesteia fiind menționate aspectele sesizate de autoritatea contractantă prin interogarea platformei SEAP pentru operatorul economic S.C. ... S.R.L., și redate aspectele referitoare la cele patru documente constatatoare care, în opinia autorității contractante, reprezentau o certitudine de neîndeplinire, în mod corespunzător a contractelor de achiziții publice aferente acestora, solicitarea adresată ofertantului contestator fiind ambiguă și neclară, respectiv „vă rugăm să clarificați”.

Așadar, cu toate că, în solicitarea ce i-a fost adresată, autoritatea contractantă nu a menționat, în mod concret, în ce trebuia să constea clarificarea dorită de la ofertantul S.C. ... S.R.L., respectiv dacă dorea o prezentare punctuală a argumentelor pentru fiecare document constatator în parte, cu prezentarea de documente edificatoare/dovezi care să ateste că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere, astfel cum prevăd dispozițiile art. 171 din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, sau dacă răspunsul dat de ofertant putea să se refere la situația în cauză, fără detalierea aspectelor pentru fiecare document în parte, cum se constată că a procedat ofertantul contestator S.C. ... S.R.L., și cu toate că a primit răspuns la adresa nr. 14/1859/10.02.2017, în care ofertantul în discuție a argumentat faptul că simpla emitere a celor patru documente constatatoare nu poate echivala cu excluderea sa din procedură, Consiliul constată că ... a procedat la respingerea ofertei acestuia, pentru răspuns neconcludent.

Or, prin raportare la dispozițiile art. 168 din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, care instituie obligația autorității contractante de a accepta ca fiind suficient și relevant pentru demonstrarea faptului că ofertantul/candidatul nu se încadrează în una dintre situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, orice document considerat edificator, precum și prin raportare la prevederile art. 171 din același act normativ care dă dreptul oricărui operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire să poată furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra credibilitatea prin raportare la motivele de excludere, Consiliul constată că modalitatea în care a procedat autoritatea contractantă în ceea ce privește evaluarea ofertei depusă de către contestator S.C. ... S.R.L., prin adresarea unei simple adrese de clarificări, cu un conținut ambiguu, așadar prin îndeplinirea pur formală a atribuțiilor și prin neluarea în considerare a răspunsului dat de ofertant sau fără clarificarea suplimentară cu acesta a aspectelor în divergență, nu poate fi considerată legală și justificată.

Acest aspect este avut în vedere de către Consiliu cu atât mai mult cu cât, ulterior transmiterii de către ofertantul contestator a răspunsului prin adresa nr. 263/15.02.2017, acesta a înțeles să înainteze și alte două adrese, respectiv adresa nr. 403/07.03.2017, înregistrată la ... cu nr.

15339/08.03.2017 (a se vedea filele 352-365 din D.A.P., transmis de ... la dosarul cauzei) și adresa înregistrată la ... cu nr. 18206/14.03.2017, pe care însă autoritatea contractantă nu le-a luat în considerare pe motiv că erau depuse după depășirea termenului impus prin solicitarea nr. 14/1859/10.02.2017.

În soluționare, sunt incidente dispozițiile art. 134 din HG nr. 395/2016, care prevăd obligația comisiei de evaluare de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei oferte, obligație legală ce a fost îndeplinită de către ... doar pur formal iar nu în scopul de a clarifica cu ofertantul în discuție aspectele care puteau conduce la respingerea ofertei acestuia, prin indicarea concretă a aspectelor la care acesta trebuia să răspundă și prin acceptarea eventualelor documente depuse în dovedirea celor susținute.

Or, în condițiile în care se constată că, în evaluarea ofertei depusă de către S.C. ... S.R.L., autoritatea contractantă nu a procedat în mod legal, ci formal, și nu a luat în considerare răspunsul dat de ofertantul în cauză, pe motiv că era neconcludent, deși solicitarea ce i-a fost adresată acestuia a fost ambiguă, astfel cum s-a arătat anterior în motivare, Consiliul constată că această situație a condus la divergența dintre părți și la prezentarea argumentelor doar în fața Consiliului, fără o evaluare prealabilă din partea autorității contractante a argumentelor prezentate de către S.C. ... S.R.L. și a documentelor depuse de acesta în susținere (cu toate că adresele nr. 403/07.03.2017, înregistrată la ... cu nr. 15339/08.03.2017 și nr. 18206/14.03.2017 au fost înaintate autorității contractante de către S.C. ... S.R.L. anterior finalizării evaluării și întocmirii raportului procedurii nr. 12B/765/13.04.2017).

Or, într-o atare situație, Consiliul nu se poate substitui comisiei de evaluare și nu poate efectua o verificare a celor patru documente constatatoare emise pentru ofertantul S.C. ... S.R.L., ci are atribuția de a verifica legalitatea unei decizii luate de o autoritate contractantă.

În aceste condiții, constatând că, în evaluarea efectuată, ... s-a limitat doar la îndeplinirea pur formală a obligațiilor legale și la înaintarea către ofertantul S.C. ... S.R.L. a unei simple solicitări de clarificări cu un conținut ambiguu, Consiliul nu va analiza conținutul celor patru documente constatatoare avute în vedere de către autoritatea contractantă în ceea ce-l privește pe ofertantul contestator (nr. ..., emis de ..., nr. ..., emis de ..., nr. ..., emis de S.C. ...S.A., nr. ..., emis de ...) ci va obliga autoritatea contractantă ... să reia procedura de atribuire de la etapa de evaluare a ofertelor aferente lotului 2 și să reevalueze oferta depusă de către S.C. ... S.R.L., prin solicitarea de clarificări clare, concrete și detaliate, despre cele patru documente constatatoare nr. ..., emis de ..., nr. ..., emis de ..., nr. ..., emis de S.C. ...S.A. și nr. ..., emis de ... și despre aspectele ce, în opinia autorității contractante, trebuie lămurite de acesta, prin raportare la dispozițiile art. 167 și următoarele din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice.

În consecință, pentru toate aceste considerente, în baza dispozițiilor art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, privind remediile și căile de atac

în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, Consiliul admite contestația formulată de către S.C. ... S.R.L., în contradictoriu cu ....

Anulează, în parte, procesul-verbal nr. 31/21.03.2017, „al ședinței de evaluare a ofertelor pentru contractul Autobasculantă 8x4-2 loturi-LOTUL 2”, în ceea ce privește mențiunile referitoare la ofertantul S.C. ... S.R.L., precum și raportul procedurii nr. 12B/765/13.04.2017, lot 2, și toate actele subsecvente acestuia.

Obligă ... ca, în termen de cel mult 10 zile de la data primirii prezentei decizii, să reia procedura de atribuire de la etapa de evaluare și să-i solicite ofertantului S.C. ... S.R.L. clarificări clare, concrete și detaliate, despre documentele constatatoare nr. ..., emis de ..., nr. ..., emis de ..., nr. ..., emis de S.C. ...S.A. și nr. ..., emis de ... și despre aspectele ce, în opinia autorității contractante, trebuie lămurite de acesta, prin raportare la dispozițiile art. 167 și următoarele din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice.

Pe cale de consecință, dată fiind soluția pe fondul cauzei și impunându-se reluarea procedurii de atribuire, pentru lotul 2, Consiliul respinge cererea de intervenție formulată de către S.C. ... S.R.L., ca nefondată.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepțiile lipsei de interes, lipsei de obiect și tardivității contestației formulată de către S.C. ... S.R.L., invocate de către intervenientul S.C. ... S.R.L.

Admite contestația formulată de către S.C. ... S.R.L., cu sediul în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ...

Anulează, în parte, procesul-verbal nr. 31/21.03.2017, „al ședinței de evaluare a ofertelor pentru contractul Autobasculantă 8x4-2 loturi-LOTUL 2”, în ceea ce privește mențiunile referitoare la ofertantul S.C. ... S.R.L., precum și raportul procedurii nr. 12B/765/13.04.2017, lot 2 și toate actele subsecvente acestuia.

Obligă ... ca, în termen de cel mult 10 zile de la data primirii prezentei decizii, să reia procedura de atribuire de la etapa de evaluare și să-i solicite ofertantului S.C. ... S.R.L. clarificări clare, concrete și detaliate, despre documentele constatatoare nr. ..., emis de ..., nr. ..., emis de ..., nr. ..., emis de S.C. ...S.A. și nr. ..., emis de ... și despre aspectele ce, în opinia autorității contractante, trebuie lămurite de acesta, prin raportare la dispozițiile art. 167 și următoarele din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice.

Respinge cererea de intervenție formulată de către S.C. ... S.R.L., cu sediul în ..., ca nefondată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

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

Redactat în 5 (cinci) exemplare originale, conține 40 (patruzeci) pagini.