

ROMÂNIA
TRIBUNALUL BUCUREȘTI
Bd. Unirii nr.37, Sector 3
București
SECȚIA A II-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL

Destinatar:
SECOL SOCIETATE EDILE
COSTRUZIONI E LAVORI SA
București, CU SEDIUL ALES ÎN
BUCUREȘTI, STR. DOCTOR
DIMITRIE DRĂGHIESCU, NR. 11,
SECTOR 5

DOSARUL NR. 34419/3/2019

Materia: Contencios administrativ și fiscal
Stadiul procesual al dosarului: Fond
Obiectul dosarului: litigiu privind achizițiile publice
Complet: c8 - fap

COMUNICARE HOTARÂRE CIVILĂ

NR. 1491/2020 DIN DATA DE 03 Iunie 2020

Stimată doamnă/Stimate domn,

vă comunicăm, alăturat, copia hotărârii civile nr. 1491/2020, pronunțată la data de 03 Iunie 2020, de către TRIBUNALUL BUCUREȘTI SECȚIA A II-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL.



GREFIER,

L.C. 11.08.2020 10:14:50, nr. comunicare: 1 din 2

R O M Â N I A
TRIBUNALUL BUCUREȘTI
SECȚIA A II-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL

SENTINȚA CIVILĂ Nr. 1491/2020
Ședința publică din data de 03 Iunie 2020
Tribunalul constituit din:
PREȘEDINTE: Liliana Petrovan
Grefier: Liliana Magdalena Curelea



Pe rol judecarea cauzei de contencios administrativ și fiscal privind pe reclamanta **Secol Societa Edile Costruzioni e Lavori SA**, în contradictoriu cu pârâta **Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA**, având ca obiect litigiu privind achizițiile publice.

La apelul nominal făcut în ședința publică de azi, a răspuns reclamanta, prin avocat ales și pârâta prin consilier juridic.

Procedura legal îndeplinită.

S-a făcut referatul cauzei de către grefierul de ședință care învederează instanței faptul că, prin serviciul registratură, la data de 21.05.2020, reclamanta a depus la dosar note scrise și înscrisuri, după care;

La interpelarea instanței, reprezentantul pârâte precizează că procedura este suspendată.

Reprezentanta reclamantei depune la dosar note scrise.

Nemaifiind alte cereri preliminare de formulat, Tribunalul acordă cuvântul pe excepția lipsei de interes invocate de către pârât.

Reprezentantul pârâtei, având cuvântul, arată că înțelege să susțină excepția lipsei de interes astfel cum a fost formulată și motivată și, pe cale de consecință solicită admiterea acestei excepții.

Reprezentanta reclamantei, având cuvântul, solicită respingerea excepției lipsei de interes.

Tribunalul acordă cuvântul pe excepția inadmisibilității invocate de către pârât.

Reprezentantul pârâtei, având cuvântul, arată că înțelege să susțină excepția inadmisibilității astfel cum a fost formulată și motivată și, pe cale de consecință solicită admiterea acestei excepții.

Reprezentanta reclamantei, având cuvântul, solicită respingerea excepției inadmisibilității.

Nemaifiind alte cereri de formulat, excepții de invocat sau probe de administrat, Tribunalul acordă cuvântul pe fondul cauzei.

Reprezentanta reclamantei, având cuvântul, solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată. Arată că înțelege să critice măsura excluderii societății reclamante din această procedură de atribuire cu consecința anulării procedurii de atribuire în care a fost depusă o singură ofertă și anume oferta Secol Socita având în vedere toate argumentele care sunt detaliate în scris. Arată că este situația în care în această procedură organizată de către pârâtă s-a depus o singură ofertă de către reclamantă, aceasta fiind exclusă ca urmare a unui document constatator emis în legătură cu executarea unui contract în care reclamanta împreună cu o altă societate – asociați – au beneficiat de o reziliere pe cale intempestivă a contractului din partea CNAIR. Ceea ce interesează în această speță este că CNAIR a dispus excluderea fără măcar să verifice care a fost conduita celeilalte societăți asociate în ceea ce privește pe reclamantă. Doar reclamanta poate participa în această procedură, prin urmare gradul de excludere ar fi

fost incident doar atunci când/și dacă în legătură cu conduita reclamantei s-ar fi reținut abateri grave, respectiv neexecutare gravă a contractului anterior. Or, nu este cazul. Documentul constatator care stă la baza acestei excluderi cu consecința anulării procesului de atribuire nu reflectă corect realitatea și, că este așa, o dovedesc cel puțin două chestiuni. Pe de o parte, arată că este hotărârea arbitrară pe care a depus-o deja la dosarul cauzei care invalidează absolut toate situațiile de fapt și raporturile contractuale în interpretarea CNAIR care ar fi justificat rezilierea acestui contract. Prin urmare, în temeiul hotărârii arbitrară pe care a depus-o la dosarul cauzei – contractul nu este încetat, ci dimpotrivă CNAIR este obligată să continue executarea acestuia. Învederează că, cautiunea aplicată societății asociate care era lider de asociere privind plata de daune a fost la rândul ei invalidată de către Tribunalul Arbitrar și, în acest moment, prin această hotărâre arbitrară, în realitate, CNAIR este cea care trebuie să plătească daune. Arată că, ceea ce încearcă să spună este că nu poate fi reținută, în nici un caz, o culpă a asocierii Salini+Secol în executarea contractului anterior, cu atât mai puțin în sarcina societății Secol care este reclamantă astăzi în privința excluderii ce i-a fost aplicată dintr-o altă procedură de atribuire pentru că societatea Secol nu a fost cea care a executat efectiv lucrările. Prin urmare, și dacă acest contract ar fi rămas reziliat, deși nu mai este cazul pentru că hotărârea arbitrară invalidează, Societatea Secol nu a fost implicată efectiv în executarea acelor lucrări, Secol a avut un procent de 10% în asocierea contractantă, fiind responsabil exclusiv cu activitățile de management, prin urmare nu i se poate imputa reclamantei nicio faptă gravă, nicio altă situație de neexecutare culpabilă a contractului anterior. Învederează că are convingerea că hotărârea arbitrară este o dovadă clară și incontestabilă în privința conduitei corecte a antreprenorului în contractul anterior, prin urmare documentul constatator care reia o pretinsă neexecutare gravă a obligațiilor asumate în acest contract nu poate să mai producă efecte și să reprezinte baza excluderii. Solicită admiterea contestației și, pe cale de consecință să fie invalidată măsura excluderii cu consecința anulării procedurii de atribuire și să se stabilească în sarcina CNAIR obligația de a continua această procedură de atribuire pe care abuziv a anulat-o. cu cheltuieli pe cale separată.

Reprezentantul părâtei, având cuvântul, apreciază că atâta timp cât s-au asociat sunt responsabili amândoi. Învederează că părâta pe care o reprezintă este o instituție de interes național, este o instituție publică care respectă o procedură de atribuire în cazul de față și nu este o procedură în curs de licitare. Din cauza acestui document constatator s-a suspendat această procedură de atribuire. Arată că nu se face referire aici la un contract în derulare, așa cum era în cele prezentate de către reprezentanta reclamantei. În ceea ce privește dosarul arbitrar la care face referire reprezentanta reclamantei, solicită a se reține că obiectul acestui dosar nu a fost anularea documentului constatator. Apreciază că acest aspect este foarte important pentru că tocmai de aceea a fost de acord data trecută să suspende prezentul dosar până la soluționare, pentru că, din punctul său de vedere, solicită a se constata că nu face obiectul – dosarul arbitrar este altceva. Arată că în data de 26.09.2019 Tribunalul București a emis sentința civilă nr. 48422 în dosarul nr. 8311/2/2018 prin care a admis excepția necompetenței generale a instanței cu privire la cererea de anulare a documentului constatator formulată de către contestatoare, competența aparținând arbitrajului internațional. Însă, reclamanta nu a efectuat demersurile necesare în vederea investirii Tribunalului arbitrar în legătură cu o cerere în acest sens. Drept urmare, obiectul dosarului nu a mers mai departe să se conteste documentul constatator și nu are cunoștință dacă s-a făcut vreun demers în acest sens.

Reprezentanta reclamantei, având cuvântul, arată că se află la dosarul cauzei. S-a făcut un supliment al cererii arbitrară într-un memoriu distinct care a adiționat și chestiunea punctuală, concretă, formală de verificare a legalității documentului constatator. Arată că a comunicat către părât acum două termene.

Reprezentantul părâtei, având cuvântul solicită respingerea cererii reclamantei. Tribunalul reține cauza spre soluționare.

TRIBUNALUL

Prin cererea înregistrată pe rolul acestei instanțe sub nr. 34419/3/2019, reclamanta, Secol Societa Edile Costruzioni e Lavori S.A., în contradictoriu cu pârâta Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere S.A., a formulat contestație prin care a solicitat ca, prin decizia ce se va pronunța să se dispună:

- anularea Adresei CNAIR nr. 92/77806 privind comunicarea rezultatului Procedurii de atribuire prin care (i) oferta depusă de Secol a fost respinsă ca inacceptabilă; și (ii) Procedura de atribuire a fost anulată, precum și a oricăror acte interne, anterioare și/sau subsecvente și conexe acestuia, emise de către Autoritatea contractantă în cadrul Procedurii de atribuire cu privire la modalitatea de evaluare a ofertei depuse de Secol și la anularea Procedurii de atribuire;

- obligarea autorității contractante la continuarea Procedurii de atribuire cu respectarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, cu consecința stabilirii conformității și admisibilității ofertei Secol, și

- suspendarea efectelor Comunicării rezultatului Procedurii până la momentul soluționării definitive a prezentei contestații,

În motivarea cererii sale, reclamanta a arătat că, :

A Organizarea Procedurii de atribuire

[1] La data de 22.05.2019, Autoritatea contractantă a publicat în SEAP Anunțul de participare nr. CN1011402 pentru organizarea Procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, având ca obiect „Construcția Variantei de Ocolire Târgu Jiu - Finalizare Lucrări”.

[2] Potrivit documentației de atribuire valoarea estimată totală a Contractului este cuprinsă în intervalul dintre 207.096.195,90 și 210.607.395,80 lei. Criteriul de atribuire este cel mai bun raport calitate - preț.

[3] Prin Cap. III.1) [Condiții de participare] din Fișa de date s-a impus ca: „Ofertantul unic/ Ofertantul asociat/Subcontractantul/ Terțul susținător trebuie să prezinte Formularul C "Declarație privind neîncadrarea în prevederile art. 60 alin (1) din Legea 98/2016", în conformitate cu modelul prezentat în secțiunea Formulare. Formularul C va fi transmis în mod obligatoriu împreună cu DUAE, prin intermediul SEAP și va fi semnat cu semnătura electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat în condițiile legii. Nota[...] Ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire, anterior atribuirii contractului, va prezenta, la solicitarea Autorității Contractante, următoarele documente edificatoare care probează/confirmă neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 167 de mai sus, atât pentru Ofertantul unic/ Ofertantul asociat cât și pentru Subcontractantul/ Terțul susținător declarați în oferta: ~ certificate, caziere, documente prin care se demonstrează faptul că operatorul economic poate beneficia de derogările prevăzute la art. 167 alin. (2) și art. 113 din Legea 98/2016 privind achizițiile publice, dacă este cazul; - alte documente edificatoare, după caz." .

B Solicitarea CNAIR de clarificare

[4] În cadrul Procedurii de atribuire, în data de 23.07.2019, Secol a depus o ofertă în conformitate cu toate cerințele impuse prin documentația de atribuire.

[5] Cu toate că oferta depusă de Secol respectă toate cerințele impuse prin documentația de atribuire, CNAIR, prin Adresa nr. 13B/8039/04.10.2019", a solicitat următoarele clarificări:

- a. prezentarea pentru terțul susținător LLP J V SINE MIDAS STROY a unor înscrisuri relevante din care să rezulte că, în țara în care este stabilit acest terț, nu se emit certificate, caziere judiciare sau alte documente echivalente care să susțină faptul că acesta nu se încadrează în niciuna dintre situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167 din Legea nr. 98/2016; precum și

- b. prezentarea de justificări/informații/documente edificatoare care să motiveze opțiunea prezentată de către Secol în DUAE raportat la existența Documentului constatator nr.

92/21463/28.03.20185 emis de către CNAIR în cadrul Contractului „Proiectare și execuție Autostrada Lugoj-Deva, Lot 2”.

c Răspunsul Secol la solicitarea CNAIR de clarificare

[6] Secol a răspuns la solicitarea CNAIR, prin Adresa nr. 96 din data de 10.10.2019, susținând, în temeinic și legal, următoarele:

a. în Republica Kazahstan nu se emit documente de natura celor solicitate de către Autoritatea contractantă pentru a demonstra că terțul susținător nu se încadrează în niciuna dintre situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167 din Legea nr. 98/2016, fiind întrunite condițiile pentru a se considera încadrarea în situația excepției. Pentru probarea acestei susțineri, a fost anexată opinia formulată de dl. Buleuliev Tulegenovich, doctor în științe juridice, profesor și avocat al Colegiului din or. Nur-Sultan, Republica Kazahstan;

b. Secol nu se încadrează în niciuna dintre situațiile cuprinse în Secțiunea C și nici în situația de excepție prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, acesta fiind motivul pentru care a bifat opțiunea „nu” în cadrul documentului DUAE.

c. Raportat la Documentul constatator, Secol a arătat următoarele:

- Secol nu îndeplinește niciuna dintre condițiile cumulative prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, ceea ce face inaplicabil cazul de excludere.

- Contractul nu a încetat anticipat ca urmare a vreunei încălcări de către Antreprenor a obligațiilor sale principale, iar Secol nu a plătit daune interese și nici nu i-au fost aplicate alte sancțiuni comparabile;

- a fost exercitată cale de atac față de Documentul constatator, majoritatea aspectelor de fond fiind, în prezent, analizate pe fond de Tribunalul arbitraj ICC în cadrul dosarului MHM/20727. Întrucât nicio soluție definitivă nu este încă emisă în legătură cu acest demers, completarea DUAE s-a făcut în mod corect;

- simpla existență a Documentului constatator nu poate conduce automat la excluderea ofertei Secol potrivit art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, fiind necesară propria analiză diligentă și imparțială a comisiei de evaluare;

- respectarea principiului proporționalității face inaplicabil cazul de excludere facultativă a ofertei conform art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

d Comunicarea rezultatului Procedurii de atribuire

[7] în 6.11.2019, CNAIR a emis Comunicarea rezultatului Procedurii prin care: a. a respins oferta Secol ca fiind inacceptabilă urmare a identificării Documentului constatator; și

b. a anulat Procedura de atribuire urmare a faptului că nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă.

[8] La o simplă lectură a Comunicării rezultatului procedurii reiese că CNAIR a efectuat o analiză superficială atât a argumentelor expuse prin Răspunsul la solicitarea de clarificare, cât și a îndeplinirii condițiilor ce atrag sancțiunea excluderii ofertantului din cadrul Procedurii de atribuire, în temeiul art. 167 alin. (1) pct. g) din Legea nr. 98/2016.

[9] Autoritatea contractantă își întemeiază respingerea ofertei doar pe motivele reținute în cadrul Documentului constatator, de altfel, contestate în fața Tribunalului arbitrai, fără a proceda la o verificare efectivă și diligentă a condițiilor necesar a fi îndeplinite și a argumentelor invocate de către Secol. În esență, prin Comunicarea rezultatului procedurii, CNAIR susține că:

- Beneficiarul din cadrul Contractului privind Autostrada Lugoj - Deva Lot 2 ar fi solicitat în repetate rânduri finalizarea lucrărilor pentru efectuarea recepției finale, aspect ce reiese din însuși Documentul constatator contestat, iar informațiile expuse de Secol prin Răspunsul la solicitarea de clarificare nu ar justifica excluderea caracterului repetat a încălcării obligațiilor contractuale;

- Raportat la activitățile neexecutate și ținând cont de quantumul penalităților, Comisia ar fi suficiente rațiuni care justifică ruperea legăturii de încredere între Autoritatea contractantă și Secol.

[10] Reiese în mod clar că, deși a procedat, în mod formal, la solicitarea unei clarificări din partea Secol privind neîncadrarea în motivul de excludere, în realitate, Autoritatea contractantă nu a analizat în mod temeinic susținerile și dovezile prezentate de către subscrisa, motivând respingerea acestora în mod lacunar prin faptul că nu ar fi „de natură să demonstreze neîncadrarea în situația de excludere”. Astfel, din motivarea succintă a excluderii ofertei subscrisei nu reies motivele pentru care informațiile, justificările și dovezile furnizate de Secol nu au fost luate în considerare la momentul evaluării ofertei.

[11] Singura explicație, de altfel evidentă, este că Autoritatea contractantă a formulat o solicitare de clarificări în mod formal, fără a dori să ia în considerare, cu adevărat, o justificare din partea Secol. Or, acest comportament al CNAIR este abuziv și nelegal, încălcând, în mod evident, principiile achizițiilor publice, proporționalitatea și transparența.

[12] în continuare, vom argumenta că evoluția Contractului privind Autostrada Lugoj-Deva Lot 2 nu este de natură să conducă la excluderea Secol din Procedura de atribuire.

E Considerente relevante privind Contractul - Autostrada Lugoj - Deva Lot 2. Limitele de responsabilitate și implicare ale asociațiilor agreeate convențional

[13] în data de 18 octombrie 2013, între CNAIR și Asocieria Salini S.p.A9 - Secol Societa Edile Costruzioni e Lavori S.p.A.10 a fost încheiat Contractul privind Autostrada Lugoj - Deva Lot 2. Raportat la constituirea și componența Asocierii Salini -Secol, pentru soluționarea prezentei dispute, relevante sunt următoarele aspecte:

a. prin Acordul de asociere încheiat între Salini și Secol având încheierea de autentificare nr. 861 din data de 24.09.2013", părțile au convenit cotele de participare la Asociere, astfel (i) Salini - 80%; și (ii) Secol - 20%;

b. prin Actul adițional nr. 1 la Acordul de asociere", Salini și Secol au agreeat că: (i) executarea totală a lucrărilor aferente Contractului în sarcina Secol să fie asigurată de către Salini; (ii) singura activitate care urma a fi prestată de către Secol ar fi cea de asistență tehnică și de suport logistic; (iii) în caz de diferență între Actul adițional și orice alt act încheiat între părți, prevalează conținutul Actului adițional;

c. prin Actul adițional nr. 3 la Acordul de asociere, încheiat urmare a fuziunii societății Salini S.p.A și Impregilo S.p.A., (i) a fost modificată denumirea liderului de asociere, Salini S.p.A, în Salini Impregilo S.p.A; (ii) Salini Impregilo S.p.A a preluat executarea în totalitate a lucrărilor potrivit ofertei, inclusiv lucrările asumate de către Secol în baza Contractului; și (iii) se menționează ca Secol a renunțat la dreptul de a uza sau exercita de orice tip de putere de negociere sau de vot în raport cu oferta și executarea lucrărilor. Din simpla lectură a Actului adițional nr. 3 se constată că are un conținut similar Actul adițional nr. 1, diferența fiind doar denumirea societății Salini;

d. prin Actul adițional încheiat în data de 26.05.2016, urmare a necesității includerii în cadrul Asocierii a Secol Opere, solicitată în mod expres de către Beneficiar, cotele de participare în cadrul Asocierii au fost modificate, respectiv: (i) Salini - 80%; (ii) Secol - 10%; și (iii) Secol Opere -10%.

[14] în concluzie, din analiza Acordului de asociere și a modificărilor intervenite față de acesta, rezultă:

- Salini și-a asumat executarea integrală a lucrărilor prevăzute în Contract, inclusiv și în mod expres lucrările inițial repartizate către Secol;

- Singura activitate prestată de Secol în baza Contractului a fost cea de asistență tehnică și de suport logistic, Secol renunțând la dreptul său de a uza sau exercita orice tip de putere sau vot în raport de executarea lucrărilor; și

- Cota formală de participare a societății Secol în cadrul Asocierii a fost foarte mică, de doar 10%.

[15] Din Documentul constatatator reiese, în mod indubitabil, că Actele adiționale nr. 1-3 au fost avute în vedere de către CNAIR la momentul emiterii acestui act administrativ. Astfel, Autoritatea contractantă, deși a emis Documentul constatatator în raport de toți membrii

Asocierii, a cunoscut implicarea fiecăruia în cadrul executării lucrărilor ce au făcut obiectul Contractului.

F Documentul constatator

[16] în data de 28 martie 2018, față de toți membrii Asocierii Salini - Secol, fără a se lua în considerare partea de lucrări efectuată de către fiecare dintre asociați, CNAIR a emis Documentul constatator prin intermediul căruia a constatat, în mod greșit, neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către Asocieria Salini - Secol.

F.I Motivele emiterii Documentului constatator

[17] CNAIR a procedat la emiterea Documentului constatator pentru următoarele motive:

a. Rapoarte de neconformitate în perioada de Execuție a lucrărilor ar fi fost nesoluționate la momentul solicitării/efectuării recepției la terminarea lucrărilor;

b. Neîndeplinirea obligațiilor contractuale privind relocarea rețelilor de utilități în vederea execuției lucrărilor de construcție a autostrăzii (rețele electrice aferente sectorului D, care nu au fost relocate până în momentul efectuării recepției la terminarea lucrărilor pe acest sector);

c. întârzierea în obținerea autorizației de construire pentru Secțiunile A - D.

[18] Toate motivele pentru care CNAIR a emis Documentul constatator era disputate și în analiza Tribunalului arbitral, însă Autoritatea contractantă a preferat să emită acest act administrativ fără a ține cont de soluția definitivă ce urma a fi pronunțată.

[19] Mai mult, din conținutul Documentului constatator reiese că motivele pentru care a fost emis vizează strict activitățile de executare a lucrărilor, nefiind menționată niciuna dintre activitățile de asistență tehnică și de suport logistic care reveneau Secol. Practic, deși Secol a prestat doar activitatea de asistență și suport logistic, prin Documentul constatator i-a fost imputată neexecutarea lucrărilor, atribuție asumată în mod exclusiv de către Salini.

F.2 Demersurile promovate în contestarea Documentului constatator

[20] Arătăm în continuare că, în combaterea neregularităților reținute de către CNAIR în privința Contractului Lugoj - Deva Lot 2, s-a procedat la promovarea următoarelor demersuri judiciare:

(a) Contestarea aspectelor reținute în motivarea emiterii Documentului constatator. Aspectele reținute de către CNAIR pentru motivarea emiterii Documentului constatator sunt dezbătute în cadrul dosarului nr. 20727/MHM aflat pe rolul Curții Internaționale de Arbitraj - ICC. Fără a aștepta soluționarea litigiului, Beneficiarul a emis Documentul constatator care produce efecte și riscă să producă subscrisei un semnificativ prejudiciu, în pofida faptului că motivele pentru care a fost emis sunt disputate în fața Tribunalului arbitral. Prin emiterea unui document al cărui motive sunt disputate de către părți, CNAIR a abuzat de puterea sa discreționară și a emis Documentul constatator ce produce efecte fără ca litigiul în curs să fie soluționat definitiv.

(b) Suspendarea executării Documentului constatator până la soluționarea pe fond a cauzei. Secol a formulat o cerere de suspendare a executării Documentului constatator înregistrată pe rolul Tribunalului București sub numărul de dosar 32176/3/2020 prin care a demonstrat ca toate condițiile pentru dispunerea suspendării sunt îndeplinite, precum și faptul că Documentul constatator a fost emis în mod nelegal.

(c) Contestarea și demonstrarea cauzelor de nulitate a Documentului constatator. În data de 04.11.2019, Asocieria a formulat cerere de arbitraj prin care a demonstrat cauzele de nulitate a Documentului constatator".

[21] Până la formularea prezentei contestații, nici cele două cereri arbitrale și nici cererea de suspendare nu a fost soluționată de către instanțele investite.

[22] Cu toate că atât prin Răspunsul la solicitarea de clarificări, cât și ulterior, Secol a adus la cunoștința Autorității contractante demersurile de contestare a Documentului constatator, precum și motivele de nelegalitate ale acestui act administrativ, CNAIR a preferat să

excludă oferta Societății din Procedura de atribuire fără a oferi o minimă argumentație privind acest aspect. Practic, Autoritatea contractantă a ignorat cu totul demersurile judiciare promovate prin care se demonstrează (i) solicitarea Secol de suspendare a efectelor Documentului constatator; precum și (ii) nelegalitatea și cauzele de nulitate ale acestui act administrativ.

PREMISA DISPUTEI

A Problema de drept dedusă judecății

Raportat la (i) lipsa de implicare a Secol în execuția efectivă a Lucrărilor aferente Contractului Lugoj-Deva Lot 2; (ii) cota extrem de redusă deținută în Asocieri și (iii) inexistența vreunei posibilități efective de a controla modalitatea de lucru, este justificată, temeinică și legală excluderea ofertei Secol din cadrul Procedurii de atribuire pe baza unui Document constatator care reflectă oricum o situație de fapt eronat reținută de către CNAIR?

[23] Răspunsul pe care îl vom argumenta, prin raportare la contextul anterior prezentat, este NU. Excluderea aplicată de către CNAIR se dispune doar atunci când și dacă respectivul operator economic se face vinovat de erori grave în executarea contractelor de achiziție publică anterioare, rolul documentului constatator fiind acela de a oferi un indiciu, un punct de plecare autorității care, pe baza propriilor diligențe, trebuie însă să verifice situația efectivă în care respectivul operator economic s-a aflat. Simpla existență a unui document constatator negativ nu este niciodată suficientă pentru a fundamenta excluderea, cu atât mai puțin atunci când între faptele care au determinat emiterea lui și operatorul exclus nu se poate stabili o legătură efectivă, probată și documentată. Excluderea, obligația verificării în mod diligent și prudent a comportamentului efectiv al ofertantului precum și obligativitatea aplicării principiului proporționalității de către comisia de evaluare au fost analizate atât la nivel național, cât și european, astfel cum vom arăta în continuare pentru a evidenția că, în cazul Secol, s-a comis un abuz.

B Dispoziții relevante

[24] Odată sintetizată disputa, prezentăm în această secțiune dispozițiile legale și jurisprudențiale relevante pentru soluționarea ei. Apreciem relevantă analiza coroborată a acestor informații, în maniera care va fi descrisă mai jos, în secțiunea dedicată temeiniciei prezentei contestații.

• Dispoziții legale relevante

[25] Relevante pentru corecta analiză a speței sunt dispozițiile legale care reglementează (i) posibilitatea Autorității contractante de a exclude un operator economic din cadrul Procedurii de atribuire; (ii) cazurile de anulare a Procedurii de atribuire; precum și (iii) aplicabilitatea principiului proporționalității în cazul constatării unor nereguli minore. În acest context, rugăm a fi avute în vedere următoarele dispoziții legale: art. 2 alin. (2) lit.e, art. 167 alin.1 lit.g și alin.8, art. 171, art. 212 din Legea nr. 98/2016, art. 146, art. 166 alin.8 din H.G. nr. 395/2016; paragraful 101, art. 18 alin.1, art.57 alin.4 lit.g și alin.6 din Directiva nr. 2014/24/UE.

Doctrina și jurisprudență relevante față de situația disputată

[26] Prezentăm în continuare doctrina și jurisprudență relevante în susținerea faptului că excluderea Secol din cadrul Procedurii de atribuire a fost dispusă în mod nelegal și netemeinic, fără a fi prezentat raționamentul Autorității contractante în baza căruia s-a decis că susținerile și dovezile prezentate de Secol nu ar fi suficiente pentru a proba neîncadrarea acestuia în motivul de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) pct. g) din Legea nr. 101/2016, respectiv: „(...) în domeniul achizițiilor publice noțiunea de proporționalitate începe să fie recepționată în întreaga ei complexitate și diversitate de autoritățile din țara noastră. Nu de puține ori, pentru a fi complet decelată, noțiunea necesită o asociere și o analiză prin prisma abuzului de drept sau chiar a fraudei la lege, pe care este posibil să le înglobeze. Totodată,

principiul proporționalității este absolut necesar a fi corelat cu principiul legalității, de la care nu poate deroga.";

„Curtea reține că nu este suficient ca fapta ofertantului de a nu-și fi îndeplinit obligațiile contractuale sau de a le fi îndeplinit necorespunzător să fi produs beneficiarului un prejudiciu, ci acest prejudiciu trebuie să fie grav. Or, această condiție nu este îndeplinită în speță, un prejudiciu de 5.915,28 lei, la o valoare infinit mai mare a contractului, reprezentând un prejudiciu nesemnificativ, infim.

(...) Simplul fapt al existenței unui astfel de document constatatator nu conduce automat la concluzia că se impune excluderea ofertei agentului economic cu privire la care a fost emis, în absența dovedirii prin orice mijloc a existenței condițiilor impuse de art. 181 Ut. c) ind. 1. în speță, documentul constatatator nu face mențiunea că s-a produs emitentului un grav prejudiciu și nici din datele de la dosar nu rezultă aceasta. Prin urmare, Curtea reține că nu este justificată concluzia îndeplinirii condițiilor (...);

„Gravele prejudicii produse sau potențiale nu se prezumă, ci trebuie dovedite de către cel care le invocă. Or, pe lângă faptul că în cuprinsul documentului constatatator (...) la rubrica privind prejudiciile nu este trecută nicio informație, petenta autoritate nici nu a probat care ar fi gravul prejudiciu pe care l-a încercat prin nesemnarea contractului anterior cu intimata. Consiliul a reținut că nimic nu a oprit autoritatea contractantă să consemneze în cuprinsul documentului constatatator orice prejudiciu produs sau estimat că s-ar fi putut produce pentru a exista un minim reper în aprecierea existenței și întinderii prejudiciului. (...) dispozițiile legate precizate impun în sarcina autorității contractante identificarea unui prejudiciu fie concret, fie doar potențial, care trebuie să fie și grav pentru a putea întemeia soluția de respingere a unei oferte. (...) Consiliul a apreciat corect că măsura de respingere a ofertei ca inacceptabilă este nelegală deoarece lipsește elementul prejudiciului grav pentru autoritatea contractantă produs sau potențial fals(subl. ns.);

„Astfel, după cum subliniază pârâta, simpla existență a unui document constatatator negativ, calificat astfel pentru diverse motive de neexecutare întocmai a contractului, nu atrage excluderea automată din competiție a ofertantului. Respingerea presupune îndeplinirea, cumulativă, a condițiilor prevăzute la art. 167 alin 1 lit. g din Legea 98/2016, și anume: operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principate 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 comparative.";

„(...), existența acestor documente nu conduce, ope legis, la excluderea ofertantului din procedură, ci obligă autoritatea contractantă la efectuarea unor verificări prealabile referitoare la cuantificarea prejudiciului, circumstanțele producerii tui, gradul de vinovăție al operatorului SC ... SA, partea din contract realizată de acesta, partea de contract executată, eventual, în măsura în care este vinovat, măsurile corective dispuse de operator și orice alte aspecte. ";

"Consiliul reține că prevederile art. 167 alin. (1) tit. g) nu trebuie utilizate ca un instrument de excludere a oricărui operator economic care a greșit la un moment în contextul îndeplinirii unui contract, cu atât mai mult cu cât este posibil să existe o culpă comună a autorității contractante și executantului. Astfel, aprecierea lăsată la latitudinea autorității contractante nu trebuie interpretată ca fiind echivalentă cu un drept ce poate fi exercitat în orice condiții, sau că existența documentului constatatator, conduce, de drept, la respingerea ofertantului. Deși dispozițiile art. 166 din H.G. nr. 395/2016 arată că documentul constatatator este un act administrativ, de aici nu se poate desprinde concluzia că el este prezumat a fi valabil, din moment ce însuși legiuitorul obligă autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, să verifice dacă cele cuprinse în conținutul său respectă condițiile prevăzute în lege {...}";

"26. Această posibilitate de care dispune orice autoritate contractantă de a exclude un ofertant de la o procedură de achiziție publică este menită în special să îi permită să aprecieze integritatea și fiabilitatea fiecăruia dintre ofertanți. în special, cauza facultativă de excludere menționată la articolul 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24 coroborat cu

considerentul (101) al acestei directive are la bază un element esențial al relației dintre ofertantul câștigător și autoritatea contractantă, și anume fiabilitatea ofertantului, pe care se întemeiază încrederea acordată acestuia de autoritatea contractantă (...).

27. Stabilirea unei relații de încredere între autoritatea contractantă și ofertantul câștigător presupune, așadar, ca această autoritate contractantă să nu fie în mod automat ținută de aprecierea făcută, în cadrul unui contract de achiziții publice anterior, de o altă autoritate contractantă, în special pentru a fi în măsură să acorde o atenție deosebită principiului proporționalității la momentul aplicării cauzelor facultative de excludere (...). Astfel, acest principiu impune ca autoritatea contractantă să examineze și să aprecieze ea însăși faptele. În această privință, astfel cum a arătat domnul avocat general la punctul 32 din concluziile sale, din modul de redactare a articolului 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24 reiese că neregula săvârșită de ofertant trebuie să fi fost suficient de arată pentru a justifica, din perspectiva principiului proporționalității, rezilierea contractului.

28. Rezultă că o autoritate contractantă nu poate deduce în mod automat din decizia unei alte autorități contractante de a rezilia un contract de achiziții publice anterior, pentru motivul că ofertantul ar fi subcontractat o parte din lucrări fără autorizarea sa prealabilă, că acest ofertant a dat dovadă de deficiențe semnificative sau persistente, în sensul articolului 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24, referitor la îndeplinirea unei cerințe de fond aferente acestui contract de achiziții publice.

29. Revine astfel autorității contractante sarcina de a efectua propria evaluare a comportamentului operatorului economic vizat de rezilierea unui contract de achiziții publice anterior. În această privință, ea trebuie să examineze, în mod diligent și imparțial, pe baza tuturor elementelor relevante, printre care decizia de reziliere, și având în vedere principiul proporționalității, dacă acest operator este, din punctul său de vedere, răspunzător pentru deficiențe semnificative sau persistente de care a dat dovadă la îndeplinirea unei cerințe de fond care îi revenea în cadrul contractului menționat, deficiențele respective fiind susceptibile să provoace ruperea legăturii de încredere cu operatorul economic în cauză..";

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

31. În plus, constatarea existenței unei „abateri grave” necesită, în principiu, efectuarea unei aprecieri concrete și individualizate a atitudinii operatorului economic în cauză.

32. Or, reglementarea din cauza principală impune autorității contractante să excludă de la procedura de atribuire a unui contract de achiziții publice un operator economic în ipoteza în care, din cauza unor circumstanțe care „sunt imputabile” acestuia din urmă, autoritatea respectivă a reziliat sau a denunțat unilateral un contract încheiat cu operatorul economic în cauză în cadrul unui contract de achiziții publice anterior.";

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

32. În sfârșit, dacă o autoritate contractantă ar trebui să fie în mod automat ținută de o apreciere făcută de un terț, i-ar putea fi dificil să acorde o atenție deosebită principiului proporționalității în momentul aplicării cauzelor de excludere facultative. Or, potrivit considerentului (101) din Directiva 2014/24, acest principiu implică ca (...), înainte de a decide excluderea unui operator economic, o astfel de autoritate să ia în considerare caracterul minor al neregulilor săvârșite sau repetarea unor nereguli minore."

c Corecta interpretare a dispozițiilor legale și jurisprudențiale

[27] Față de cele redat mai sus, se poate concluziona astfel:

Operatorul economic nu este exclus din procedură dacă a furnizat dovezi suficiente pentru a-și demonstra credibilitatea, în ciuda existenței unui motiv relevant de excludere. Dacă se consideră că măsurile sunt insuficiente, operatorului economic trebuie să îi fie furnizate motivele respectivei decizii;

Autoritatea are obligația de a verifica îndeplinirea cumulativă a două condiții esențiale pentru respingerea unui operator economic, respectiv: (a) încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale din contract; precum și (b) încălcările să fi condus fie la încetarea anticipată a contractului, fie la plata daune interese, fie aplicarea altor sancțiuni specifice.

Excluderea operatorului economic intervine doar dacă încetarea anticipată a contractului s-a produs din circumstanțe imputabile operatorului economic. Per a contrario, încetarea s-a produs din culpa unei alte părți, operatorul economic nu poate fi exclus din Procedura de atribuire;

Autoritatea contractantă are obligația de a efectua propria evaluare a respectivului operator, prin examinarea diligentă și imparțială a elementelor relevante, având în vedere principiul proporționalității; autoritatea poate exclude doar atunci când constată că acest ofertant este răspunzător pentru deficiențele semnificative sau persistente din contractele anterioare;

Prejudiciul produs Autorității contractante trebuie să fie grav în raport de valoarea contractului, aspect care trebuie dovedit;

Neregulile minore nu conduc la excludere. În aplicare principiului proporționalității, excluderea trebuie evaluată ținând seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale respectivului operator;

[28] Demersul nostru de invalidare a deciziei de excludere Secol și anulare a Procedurii de atribuire este fundamentat pe interpretarea coroborată a dispozițiilor legale și jurisprudențiale în contextul real al situației efective în care s-a aflat Secol, ofertant exclus fără a vreo deficiență a propriului comportament să fi fost probată sau, măcar, să existe!

III TEMEINICIA CONTESTAȚIEI

[29] Autoritatea contractantă a exclus Secol din Procedura de atribuire în mod nelegal, preferând să anuleze Procedura de atribuire în locul demersurilor de verificare, efectivă, a situației concrete a operatorului economic evaluat. Principalele argumente legale invocate în combaterea deciziei CNAIR vor fi expuse, punctual, în continuare.

A DUAE a fost completat în mod corect de către Secol

[30] Prin DUAE depus în cadrul Procedurii de atribuire, Secol a bifat în mod corect opțiunea „NU” în cadrul Secțiunii C raportat la următoarele aspecte:

- La data completării DUAE, Documentul constatator era deja contestat, soluția Tribunalului arbitral fiind iminentă; documentele și probatoriul administrat în cadrul aceluia demers judiciar reflectă lipsa oricărei culpe a Asocierii Salini - Secol în modalitatea de executare a Contractului privind Autostrada Lugoj - Deva Lot 2;

- Mai mult și mai important, și atunci ca și acum, Secol cunoștea situația sa față de implicarea în executarea lucrărilor aferente Contractului, respectiv faptul că executarea acestora nu a fost în responsabilitatea Secol, că nicio sancțiune pecuniară nu a fost stabilită în sarcina Secol și că, raportat la aceste caracteristici concrete, Secol nu avea nici măcar cum să fi greșit în cadrul Contractului privind Autostrada Lugoj - Deva Lot 2; lipsa sa de implicare în execuția propriu-zisă făcea ca nicio sancțiune privind conduita sa (inexistentă în acel Contract) să nu poată fi aplicată întrucât ceea ce nu există nu poate atrage sancțiuni!

- Oricum, modalitatea de completare a DUAE reflectă convingerea corectă și fermă a Secol că nu se află în nicio situație de excludere care să fi presupus, în prealabil, abateri repetate, grave și generatoare de prejudicii Beneficiarului; de altfel, nici la data prezentei decizii contestate, CNAIR nu a probat contrariul și, în consecință, nu și-a fundamentat corect și legal decizia de respingere a ofertei Secol.

B Condițiile pentru excluderea Secol din cadrul Procedurii de atribuire nu sunt îndeplinite

[31] Pentru a se dispune excluderea unui ofertant din cadrul Procedurii de atribuire în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, trebuie îndeplinite în mod cumulativ două condiții, respectiv:

(a) încălcarea de către ofertant în mod grav sau repetat a obligațiilor principale din contract;

(b) încălcările să fi condus fie la încetarea anticipată a contractului, fie la plata de daune-interese, fie la aplicarea altor sancțiuni comparabile.

[32] Cele două condiții nu sunt îndeplinite în privința Secol. Nicio încălcare nu îi poate fi imputată subscrisei. În acest sens, arătăm că:

B.i Secol nu și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile sale contractuale

[33] în primul rând, prin Comunicarea rezultatului Procedurii, CNAIR reține încălcarea repetată a obligațiilor contractuale strict prin raportare la faptul că Beneficiarul ar fi solicitat în mod repetat finalizarea lucrărilor. Solicitățile repetate ale Beneficiarului nu echivalează cu încălcări repetate din partea Secol.

[34] în al doilea rând, motivele invocate prin Documentul constatator au fost supuse verificării și analizei Tribunalului arbitrai anterior emiterii Documentului constatator. Autoritatea nu a așteptat soluția ce urma a fi pronunțată în dosarul arbitrai, ci a procedat la emiterea Documentului constatator. O astfel de abordare este abuzivă având în vedere că diferendul era anterior dedus judecății, astfel cum chiar părțile au prevăzut prin Contractul încheiat.

[35] în al treilea rând, din conținutul Documentului constatator nu reiese în mod clar și explicit nicio obligație contractuală încălcată de către Secol. Nici prin Comunicarea rezultatului Procedurii Autoritatea contractantă nu aduce o critică efectivă a activității desfășurare de către subscrisa. Prin urmare, fără a fi evidențiate în mod temeinic circumstanțe imputabile Secol, nu se poate constata faptul că acesta ar fi încălcat în mod repetat obligații contractuale cu privire la condițiile de executare a Lucrărilor pe care, de altfel, astfel cum s-a agreat prin acordurile dintre asociați, nici nu putea și/sau trebuia să le execute.

[36] în al patrulea rând, așa cum am arătat în mod clar chiar prin Răspunsul la solicitarea de clarificări:

- Secțiunile A - C și Nodul Margina au fost recepționate de către CNAIR în data de 03.03.201733 și au fost date în folosință în data de 06.03.2017;

- Secțiunea D a fost finalizată în mod substanțial, astfel cum reiese din Procesul-verbal de Recepție la Terminarea lucrărilor din data de 14.03.201834;

- Secțiunea E a fost inclusă în încetarea parțială a Contractului pentru motive neimputabile Asocierii, astfel cum vom demonstra în cele ce urmează.

B.2 Contractul nu a încetat anticipat urmare a unei încălcări, de către Antreprenor, a obligațiilor sale principale. Secol nu a achitat daune-interese și nu au fost aplicate alte sancțiuni complementare

În primul rând, reiese în mod clar din chiar pct. 8.3. din Documentului constatator că rezilierea Contractului nu a intervenit din culpa Antreprenorului. Strict în ceea ce privește Secțiunea E a lucrărilor (km 47 + 090 - km 56 + 220), Beneficiarul a avut inițiativa unei „încetări parțiale” a Contractului. Motivul ce a condus la această încetare parțială este independent de voința sau controlul Secol, respectiv ulterior semnării Contractului, s-a emis un Acord de Mediu Revizuit ce ar fi condus la o serie de modificări pentru a ține cont de noile cerințe impuse. Contractul nu a fost modificat. La 26.07.2017, Autoritatea contractantă a comunicat o adresă prin care a solicitat „încetarea parțială” a Contractului strict în partea ce vizează Secțiunea E, în temeiul art. 1735 alin.(3) din C.civ., fiind invocată în acest sens „imposibilitatea fortuită de executare”. Prin urmare, încetarea anticipată a Contractului nu a fost cauzată în niciun moment de încălcarea obligațiilor de către Secol, nicio circumstanță nu

poate să îi fie imputată acestuia. De altfel, nici prin Comunicarea rezultatului procedurii Autoritatea contractantă nu susține că încetarea contractului ar fi reținută prin Documentul constatare, ci doar un presupus caracter repetat al încălcării obligațiilor contractuale.

[37] În al doilea rând, nu au fost niciodată achitate daune-interese în cadrul Contractului privind Autostrada Lugoj - Deva Lot 2 și nici nu au fost aplicate alte sancțiuni comparabile. Cu titlu general, prin art. 8.4 din Documentul constatare, se face vorbire de anumite costuri și întârzieri rezultate ca urmare a unor pretense nereguli stabilite de către Autoritatea contractantă. Or, costurile și întârzierile menționate de către Autoritatea contractantă nu pot constitui motiv pentru îndeplinirea condiției privind plata daunelor interese sau aplicarea unor sancțiuni comparabile având în vedere următoarele aspecte:

- În dosarul arbitral au fost solicitate prejudicii, daune, cheltuieli doar de către Antreprenor. Astfel cum reiese chiar din conținutul Documentului constatare, în cadrul dosarului arbitral în care se analizează motivele pentru care acest act administrativ a fost emis, doar Antreprenorul a solicitat despăgubiri, pierderi, daune, cheltuieli rezultate din neexecutarea corespunzătoare a Contractului de către CNAIR;

- Prejudiciul trebuie să fie grav în raport de valoarea contractului. Or, din Documentul constatare nu rezultă valoarea costurilor și întârzierilor pretins a fi fost suferite de către Autoritatea contractantă. Nimic nu a ținut-o pe CNAIR să exprime în mod clar, concis și evident care au fost costurile și întârzierile menționate în cadrul Documentului constatare. Per a contrario, dacă prejudiciu nu a fost efectiv identificat, nici nu poate fi încadrat ca fiind grav;

- Gravele prejudicii produse sau potențiale nu se prezumă, ci trebuie dovedite de către Autoritatea contractantă, iar CNAIR nu a indicat în mod clar și explicit prejudiciile pretense;

- Din economia dispozițiilor art. 167 (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 reiese că aceste prejudicii ar fi trebuit recuperate în mod efectiv de către Autoritatea contractantă. Însă, simpla mențiune a unor posibile costuri și întârzieri nu conduce la plata efectivă a acestora.

Astfel, condiția privind plata unor daune-interese sau alte sancțiuni comparabile nu poate fi reținută și imputabilă Secol.

[38] În treilea rând, Factura de penalități nr. 190000033/09.08.2019 și Raportul privind necesitatea și oportunitatea emiterii facturii de penalități prin care CNAIR motivează îndeplinirea condiției privind plata de daune-interese nu au fost menționate în cadrul Documentului constatare. Reiese în mod clar că Autoritatea contractantă invocă anumite înscrisuri ce nu au făcut obiectul emiterii Documentului constatare, fără a fi menționat cel puțin motivul pentru care aceste au fost emise. De altfel, aceasta este singurul argument al Autorității contractante prin care se susține aplicarea daunelor-interese, fără a fi probat și motivat în mod corespunzător.

Se constată, astfel, că nu sunt îndeplinite condițiile pentru a se dispune excluderea Secol din cadrul Procedurii de atribuire.

c Secol a furnizat dovezi suficiente pentru a-și demonstra credibilitatea

[39] Prin Răspunsul la solicitarea de clarificări, Secol a arătat și detaliat toate motivele pentru care nu sunt aplicabile dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, precum și faptul că Autoritatea contractantă, prin Comisia de evaluare, trebuie să procedeze la o evaluare diligentă și imparțială a comportamentului efectiv, prin raportare la elementele relevante, cu aplicarea principiului proporționalității.

[40] Din simpla lectură a Răspunsului la solicitarea de clarificare se constată că Secol a procedat la detalierea fiecărui motiv pentru care Autoritatea contractantă a procedat la emiteria Documentului constatare. Mai mult, pentru a-și dovedi credibilitatea a atașat o serie de înscrisuri ce susțin lipsa deficiențelor semnificative sau persistente în îndeplinirea obligațiilor contractuale, nefiind, astfel, îndeplinite condițiile pentru ca oferta Secol să fie respinsă.

[41] Autoritatea contractantă a emis Comunicarea privind rezultatul Procedurii fără a analiza în mod imparțial și diligent argumentele Secol. Singurele mențiuni privind Răspunsul

la solicitarea de clarificări sunt doar pentru a le respinge fără a arăta, în mod temeinic și justificat, motivele pentru care a procedat în acest sens.

[42] Analiza Comisiei de evaluare privind dovezile prezentate de către Secol nu conține vreun raționament propriu al Comisiei de evaluare, vreo centralizare a aspectelor verificate, vreo expunere descriptivă a situației verificate, Autoritatea limitându-se la a respinge prin simpla mențiune a faptului că nu justifică neîncadrarea în situația de excludere.

[43] Nemotivarea cauzei pentru care dovezile și susținerile Secol au fost respinse este de natură să producă subscriei o vătămare suplimentară celei produse de efectul propriu-zis al acesteia; situația este de natură a obstrucționa posibilitatea de a contesta în mod eficient decizia Autorității contractante în lipsa prezentării efective a rațiunilor care au fundamentat-o. În lipsa motivării, principiile transparenței și al asumării răspunderii, care ar trebui să guverneze orice procedură de atribuire, sunt în mod grav afectate atât timp cât destinatarul actului nu este informat cu privire la motivele de fapt și de drept concrete ce au stat la baza respingerii argumentelor sale.

[44] Autoritatea contractantă a solicitat clarificări formale pe care le-a respins fără nicio explicație. Procedând astfel, CNAIR a comis un abuz. Pe lângă elementele contractuale, vădit ignorate de către CNAIR, se impunea a fi reținută lipsa de implicare a Secol în execuția propriu-zisă a Lucrărilor. Acest aspect complet ignorat de către CNAIR este dovada faptului că pretinsul său demers de clarificare a ignorat esențialul: conduita efectivă a Secol pe parcursul executării contractului.

D Neexecutarea lucrărilor anterioare nu îi poate fi imputată Secol care nu a fost implicat, efectiv, în execuție

[45] Relevante pentru demonstrarea lipsei de fundament a deciziei de excludere contestate sunt următoarele aspecte privind situația efectivă, personală, a ofertantului respins:

a. Secol nu a executat lucrări, deci nu avea ce să fi greșit; membrii Asocierii au agreeat ca toate lucrările să fie executate în mod exclusiv de către Salini. Din conținutul Acordului de asociere și a actelor adiționale încheiate între membrii Asocierii rezultă, în mod clar și evident, că Salini și-a asumat executarea integrală a lucrărilor; cu toate acestea, Secol (asociat minoritar, neimplicat în executarea lucrărilor) riscă să fie în prezent afectat grav ca urmare a efectelor produse de Documentul constatator prin respingerea ofertei sale din Procedura de atribuire, fără ca în execuția propriu-zisă a contractului anterior să fi greșit, efectiv, ceva;

b. Activitatea prestată de Secol în cadrul Contractului s-a rezumat la asistență tehnică și suport logistic. Secol nu a fost implicat în executarea lucrărilor în mod efectiv, ci doar în activități adiacente. Participarea Secol la executarea lucrărilor a fost practic inexistentă;

c. Niciunul dintre motivele invocate de către CNAIR pentru excluderea din actuala procedură nu privește activitățile prestate, în mod efectiv/real, de către Secol. Din conținutul Documentului constatator reiese că toate neregularitățile constatate de către CNAIR privesc executarea lucrărilor, fără a se face vorbire despre activitățile prestate în mod efectiv de Secol; diferențierea dintre entitățile membre nu atrage neapărat o limitare de responsabilitate (în raportul cu Beneficiarul contractului anterior), ci exclusiv o protejare (cu caracter temporar) a celui care, minoritar și neimplicat fiind, se vede afectat de o activitate al cărei control nu îl deține. CNAIR nu a întreprins nicio verificare de natură a permite identificarea conduitei efective a fiecăruia dintre membri și, deci, a stabili o eventuală pondere a responsabilității lor;

d. Abaterile constatate în cadrul Documentului constatator nu sunt imputabile Secol, sub nicio formă, iar CNAIR cunoaște aceste aspecte, fiind în posesia tuturor documentelor ce susțin execuția lucrărilor, fiind prezent în șantier;

e. Cota de participare a Secol în cadrul Asocierii a condus la imposibilitatea acesteia de a se implica în mod real în deciziile luate în executarea obligațiilor contractuale. Prin cota de participare redusă (10%), Secol nu a avut posibilitate de control și management ai Contractului, ci a fost ținut doar de executarea activităților de asistență tehnică și de suport logistic, fără a putea interveni și influența în vreun fel deciziile liderului de Asociere, Salini;

f. Secol, în calitate de membru al Asocierii, nu a încălcat nici grav, nici în mod repetat obligațiile sale pentru că nu a realizat nicio activitate în cadrul execuțiilor de lucrări. Cu atât mai mult, Secol nu a fost obligată la plata unor daune rezultate din pretinsa executare necorespunzătoare a contractului anterior.

Principiul proporționalității este grav încălcat prin excluderea ofertei Secol din Procedura de atribuire având în vedere că (i) participarea sa la executarea lucrărilor a fost practic inexistentă; și oricum (ii) cota de participare era insignifiantă. Concret, Secol urmează a suporta excluderea din Procedura de atribuire pentru o pretinsă neexecutare (contestată) a unei alte entități, fără ca activitatea prestată să fi influențat în vreun fel desfășurarea și executarea lucrărilor.

E Anularea Procedurii de atribuire este o măsură extremă, necesar a fi aplicată strict și limitativ în acele situații în care salvagardarea nu mai este posibilă; refuzul CNAIR de a verifica dacă, în concret, Secol se face vinovat de vreo abatere contractuală gravă, repetată și de natură a genera prejudicii nu poate reprezenta un fundament al deciziei de anulare a unei Proceduri de atribuire. Principiul eficienței utilizării fondurilor publice este grav încălcat

[46] Autoritatea contractantă a procedat la anularea Procedurii de atribuire, făcând aplicarea dispozițiilor art. 212 din Legea nr. 98/2016.

[47] Or, motivul care a determinat decizia de anulare, respectiv faptul că nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă nu este întemeiat având în vedere că oferta Secol îndeplinește toate cerințele documentației de atribuire; singurul motivul pentru care această ofertă a fost exclusă din Procedura de atribuire nu respectă dispozițiile legale, astfel cum am arătat și anterior.

[48] Prin excluderea netemeinică și nelegală a Secol, Autoritatea contractantă a creat o circumstanță artificială de anulare a Procedurii de atribuire, fiind încălcat principiul asumării răspunderii prevăzut la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

[49] Totodată, Autoritatea contractantă avea obligația de a verifica temeinicia excluderii ofertei Secol și prin prisma faptului că era singura ofertă depusă în cadrul Procedurii de atribuire. Or, nici măcar posibilitatea de a salvarda atribuirea Contractului nu a motivat Autoritatea contractantă să procedeze la o evaluare imparțială și corectă a motivelor de excludere Secol, preferând ca sub pretextul existenței Documentului constatator să anuleze o Procedură de atribuire a cărei organizare, derulare și verificare a presupus implicarea unor importante resurse financiare și logistice pentru fiecare dintre părți. În condițiile în care conduita efectivă a Secol în privința contractului anterior nu a fost verificată, în condițiile în care a fost ignorată lipsa de implicare a Secol în execuția efectivă a lucrărilor, în condițiile în care erau contestate toate temeiurile emiterii Documentului constatator și Documentul constatator însuși, iar efectele acestuia erau în curs de a fi suspendate de către o instanță de judecată, demersul de excludere a singurei oferte, cu consecința Anulării întregii Proceduri de atribuire este un flagrant abuz.

Minime diligente (de tipul verificării conduitei efective a Secol - care, de altfel, trebuia să intereseze Autoritatea contractantă) ar fi relevat realitatea: Secol nu poate fi sancționat prin excludere pentru fapte pe care nu le-a comis, pentru preținse executări necorespunzătoare ale unor lucrări în a căror executare nu a fost implicat și mai înainte de a avea, măcar, șansa unei judecăți finale asupra preținselor temeiuri de răspundere contractuală aflate pe rolul Tribunalului Arbitrai. Măsura anulării procedurii este cu atât mai gravă cu cât, din perspectiva eficienței utilizării fondurilor publice. Autoritatea a permis organizarea, verificarea și parcurgerea tuturor etapelor de evaluare a ofertei Secol pentru ca, în final, sub pretextul unei clarificări formale, să anuleze Procedura de atribuire.

IV SE IMPUNE SUSPENDAREA EFECTELOR REZULTATULUI PROCEDURII DE ATRIBUIRE

[50] Raportat la faptul că Autoritatea contractantă a anulat Procedura de atribuire, există posibilitatea ca, până la soluționarea prezentei cauze, CNAIR să organizeze o nouă

procedură pentru atribuire unui contract având același obiect sau un obiect similar, fără a lua în considerare oferta depusă de subscrisa și respinsă în mod nelegal.

[51] Această situație ar afecta profund și ireversibil dreptul și interesul legitim al subscrisei de a fi desemnată câștigătoare a procedurii, în contextul admiterii prezentei contestații.

[52] În acest sens, considerăm că, în cauză, sunt îndeplinite condițiile în care instanța poate dispune măsura suspendării efectelor Comunicării rezultatului Procedurii de atribuire, având în vedere că oferta depusă de Secol a fost respinsă în mod nelegal din Procedura de atribuire, astfel cum am demonstrat anterior, iar până la soluționarea definitivă a prezentei contestații există riscul ca Autoritatea contractantă să organizeze o nouă procedură pentru atribuirea unui contract având același obiect sau un obiect similar fără a lua în considerare oferta depusă de subscrisa.

[53] Suspendarea efectelor Comunicării rezultatului procedurii reprezintă singura măsură care, în condițiile date, poate asigura respectarea principiului legalității, în caz contrar, existând riscul ca, așa cum am arătat mai sus, să se organizeze o nouă procedură, iar Autoritatea contractantă să nu dispună evaluarea ofertei depuse de Secol anterior demarării unei noi proceduri.

[54] Precizează că măsura suspendării efectelor Comunicării rezultatului procedurii se impune atunci când drepturile operatorilor economici ar fi în mod vădit afectate în situația neluării unei astfel de măsuri, precum și atunci când această măsură este singura care poate asigura protejarea interesului public. În acest sens, subliniem faptul că este necesară dispunerea măsurii de suspendare a efectelor Comunicării rezultatului procedurii, date fiind următoarele aspecte:

a. Condiția privind cazul temeinic justificat este îndeplinită:

- Deși Secol a depus o ofertă conformă ce respectă toate cerințele impuse de Documentația de atribuire. Autoritatea a respins oferta subscrisei din Procedura de atribuire, fără a analiza în mod diligent și corect neîncadrarea în cazul de excludere; și

- prin Decizia de respingere, Autoritatea contractantă a încălcat în mod evident principiul proporționalității³⁶, câtă vreme, (i) motivele pentru care a fost emis Documentul constatatator au fost anterior contestate; (ii) Autoritatea nu a arătat motivele pentru care dovezile și susținerile Secol au fost respinse; (iii) Secol nu a fost efectiv implicat în executarea lucrărilor pe care Autoritatea le-a avut în vedere la momentul emiterii Documentului constatatator.

b. Condiția privind producerea unei pagube iminente este îndeplinită:

- Este iminent riscul ca CNAIR să organizeze o nouă Procedură de atribuire pentru atribuirea unui contract având același obiect sau obiect similar; acest risc iminent nu poate fi altfel împiedicat altfel decât prin suspendarea efectelor Comunicării privind rezultatul procedurii;

- În contextul admiterii contestației, în situația în care efectele produse de Comunicarea rezultatului procedurii nu ar fi suspendate, subscrisa ar pierde șansa reală și efectivă ca oferta sa să fie analizată, evaluată și menținută în competiție pentru atribuirea contractului. Șansa legitimă a subscrisei ca oferta sa să îi fie analizată, cu consecința chiar a desemnării sale câștigătoare, ar deveni iluzorie, participarea subscrisei la procedura de atribuire fiind lipsită de orice conținut practic și finalitate, deopotrivă;

- Mai mult, subscrisa nu și-ar putea recupera prejudiciul suferit ca urmare a excluderii sale nelegale. Niciun remediu procesual, actual, nu i-ar putea aduce subscrisei înapoi șansa de a fi desemnată câștigătoare;

- În vreme ce drepturile legitime ale subscrisei ar fi în mod grav afectate în situația respingerii cererii de suspendare a efectelor Comunicării rezultatului procedurii, față de celeritatea soluționării contestației, nici interesul public și nici cel al Autorității contractante nu sunt prejudiciate. Prezenta cerere de suspendare are doar scopul de a temporiza, o perioadă

extrem de scurtă de timp, efectele anulării Procedurii de atribuire, cu consecința respectării principiului legalității care ar trebui să guverneze orice procedură de achiziție publică.

[55] în susținerea argumentelor noastre, invocăm și Recomandarea nr. R (89) 8 din 13 septembrie 1989 a Comitetului de Miniștri din cadrul Consiliului Europei, referitoare la protecția jurisdicțională provizorie în materie administrativă, instrument juridic european aplicat în mod frecvent în jurisprudența română. Acest act juridic emis la nivel european consideră că este de dorit să se asigure persoanelor o protecție jurisdicțională provizorie, fără a recunoaște, totuși, eficacitatea necesară acțiunii administrative. Recomandarea a apreciat că autoritățile administrative acționează în numeroase domenii și că activitățile lor sunt de natură a afecta drepturile, libertățile și interesele persoanelor. În plus, s-a arătat în același act european că executarea imediată și integrală a actelor administrative contestate sau susceptibile de a fi contestate poate, în anumite circumstanțe, cauza persoanelor un prejudiciu ireparabil și pe care echitatea îl impune ca fiind de evitat în măsura posibilului.

[56] Unul din principiile la care face referire Recomandarea este acela potrivit căruia autoritatea jurisdicțională chemată să decidă măsuri de protecție provizorie trebuie să țină cont de ansamblul circumstanțelor și intereselor prezente, asemenea măsuri fiind posibil a fi acordate mai ales atunci când executarea actului administrativ este de natură a cauza pagube grave, dificil de reparat.

[57] în jurisprudența națională, instanțele române aplică în mod frecvent prevederile Recomandării Consiliului European referitoare la suspendarea actelor administrative:

„Principiul [egalității actelor administrative] presupune însă, atât ca autoritățile administrative să nu încalce legea, cât și ca toate deciziile lor să se întemeieze pe lege. El impune, în egală măsură, ca respectarea acestor exigențe de către autorități să fie în mod efectiv asigurată.

Prin urmare, în procesul executării din oficiu a actelor administrative trebuie asigurat un anumit echilibru, precum și anumite garanții de echitate pentru particulari, întrucât acțiunile autorităților publice nu pot fi discreționare, iar legea trebuie să furnizeze individului o protecție adecvată împotriva arbitrariului.

Tocmai de aceea, suspendarea executării actelor administrative trebuie considerată ca fiind în realitate, un eficient instrument procedural aflat la îndemâna autorității emitente sau a instanței de judecată, pentru a asigura respectarea principiului legalității, fiind echitabil ca atâta timp cât autoritatea publică sau judecătorul se află în proces de evaluare, acestea să nu-și producă efectele asupra celor vizați. ”

[58] în concluzie, raportat la faptul că, până la soluționarea prezentei, Autoritatea contractantă poate demara o nouă procedură pentru atribuirea unui contract având același obiect fără a lua în considerare oferta depusă de către subscrisa, se impune suspendarea efectelor Comunicării Rezultatului procedurii până la soluționarea definitivă a prezentei cauze.

V CONCLUZII

[59] Concluziile argumentelor mai sus expuse sunt următoarele:

Secol nu a fost efectiv implicat în executarea lucrărilor anterioare; prin urmare, Secol nu poate fi sancționat pentru o pretins conduită culpabilă în legătură cu acele lucrări;

Autoritatea contractantă a creat o circumstanță artificială de anulare a Procedurii de atribuire prin excluderea netemeinică și nelegală a Secol. Salvagardarea procedurilor de atribuire ar trebui să reprezinte regula de la care, excepțional, autoritățile să poată deroga doar în condiții strict și limitativ prevăzute; refuzul CNAIR de a verifica dacă Secol a greșit, efectiv, cu ceva în trecut nu poate fundamenta, însă, anularea Procedurii;

Se impune suspendarea efectelor Comunicării rezultatului procedurii până la soluționarea definitivă a prezentei cauze pentru a preîntâmpina litigii în cascadă care nu vor conduce decât la o și mai ineficientă utilizare a resurselor publice.

În drept, cererea a fost întemeiată pe dispozițiile art. 49 și urm. raportat la art. 4 alin. (1) pct. b) din Legea nr. 101/2016, precum și pe toate dispozițiile legale la care le-a făcut referire în cuprinsul prezentului document.

Probe: înscrisurile la care s-a referit în prezenta contestație și pe care le atașăm, conform opis-ului de mai jos, precum și înscrisurile din dosarul achiziției publice.

Legal citată, pârâta Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, a formulat **întâmpinare** prin care a solicitat respingerea contestației ca neîntemeiată și nefondată.

În motivarea întâmpinării, pârâta a arătat că:

CONSIDERENTE

1. în primul rând, în temeiul art. 248 NCPC, a înțeles să invoce și să susțină excepția netimbrării cererii de chemare în judecată, având în vedere aspectele evidențiate în cele ce urmează și faptului că reclamanta nu a atașat Contestației comunicate subscrisei, dovada achitării taxei judiciare de timbru așa cum este prevăzut în Legea nr. 101/2016 care se coroborează cu prevederile art. 33, alin. 1 din O.U.G. nr. 80/2013, potrivit căreia taxele judiciare de timbru se plătesc anticipat.

Întrucât în cererea formulată, reclamanta nu precizează cuantumul taxei judiciare de timbru achitate și nu anexează dovezi în acest sens, solicităm instanței admiterea excepției netimbrării cererii de chemare în judecată și respingerea cererii de chemare în judecată ca netimbrată.

2. Totodată, pârâta a înțeles să invoce și să susțină excepția lipsei de interes și inadmisibilitatea capătului de cerere referitor la suspendarea efectelor comunicării.

Comunicarea rezultatului procedurii a produs la momentul introducerii contestației efecte juridice, astfel, rezultatul procedurii este opozabil Ofertantului iar termenele de contestație au curs și au permis formularea acestuia.

Opinam în primul rând, raportat la prevederile art. 49 alin. (3)' din Legea nr. 101/2016, ca poate fi admisibil doar un capăt de cerere referitor la suspendarea procedurii, iar nu și la suspendarea efectelor comunicării rezultatului procedurii de atribuire.

De asemenea, consideră pârâta că un astfel de capăt de cerere se prezintă ca fiind lipsit de interes, prin raportare la efectele juridice pe care le poate produce, printre care nu se regăsește și obligația Autorității Contractante de a nu lansa o nouă procedura de atribuire.

În orice situație, trebuie subliniat faptul că, practica CNAIR SA este aceea de a aștepta soluționarea în mod definitiv a contestațiilor, anterior luării unei decizii de oportunitate referitoare la procedurile de atribuire derulate în mod curent.

În acest sens, Autoritatea Contractantă nu a operat nici măcar în cadrul platformei electronice selectarea rezultatului de anulare a procedurii, în vederea așteptării expirării (în prima fază) a termenului de introducerea a contestațiilor și în continuare, pentru soluționarea în mod definitiv a diferendului dedus judecății (se atașează în acest sens extras din SICAP referitor la stadiul procedurii de atribuire - Anexa 11).

Pe fondul cauzei:

Arată pârâta că, contrar susținerilor Contestatoarei, va arăta că Autoritatea Contractantă, prin Comisia de evaluare, a procedat la parcurgerea tuturor etapelor prevăzute de lege, a ținut cont de doctrina și jurisprudența aplicabilă, procesul de evaluare desfășurându-se în mod legal și procedural, fiind efectuată o analiză efectivă și detaliată a tuturor elementelor și condițiilor prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, cu ocazia adoptării deciziei de excludere a Ofertantului din cadrul procedurii de atribuire.

Astfel, prezintă susținerile Comisiei de evaluare, cu privire la contestația ofertantului:

ANALIZA COMISIEI DE EVALUARE CUPRIVIRELA DOCUMENTUL
CONSTATATOR NR. 92/21463/28.03.2018

Cu ocazia verificării documentelor justificative, a modului de îndeplinire a criteriilor de calificare precum și a verificării existenței vreunei situații de excludere în cadrul procesului de evaluare pentru procedura de atribuire "Construcția Variantei de Ocolire Târgu-Jiu - Finalizare Lucrări", Comisia de evaluare a identificat Documentul Constatator nr. 92/21463/28.03.2018 emis inclusiv cu privire la Ofertantul Asociat SECOL SOCIETÀ EDILE COSTRUZIONI E LAVORI SA, în cadrul căruia a fost bifată opțiunea "NU" referitoare la îndeplinirea corespunzătoare a Contractului nr. 92/69425/18.10.2013 având ca obiect "Proiectare și Execuție Autostrada Lugoj - Deva Lot 2 km. 27+620 - km. 56+220".

Astfel, în vederea analizării incidenței motivului de excludere prevăzut la art. 167, alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, Comisia de evaluare a întreprins următoarele demersuri:

1. Solicitarea de informații din partea Direcțiilor de specialitate

Astfel, în vederea analizării existenței/inexistenței unor cazuri de excludere dintre cele prevăzute la art. 167 din Legea 98/2016, Comisia de evaluare a solicitat prin adresa nr. 13B/7867/30.09.2019 derulatorului contractului - Unitatea de Implementare Proiecte 6 Lugoj-Deva, precum și Serviciului Contencios din cadrul DIRECȚIEI JURIDICE următoarele informații:

"- dacă Ofertantul Asociat SECOL SOCIETÀ EDILE COSTRUZIONI E LAVORI SA în cadrul contractului nr. 92/69425/18.10.2013, și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

- dacă mențiunile prevăzute la punctele 8, respectiv 8.1 din cadrul Documentului constatator nr. 92/21463/28.03.2018 referitoare la neîndeplinirea corespunzătoare a contractului vizează activități care reveneau în sarcina Ofertantului Asociat SECOL SOCIETÀ EDILE CONTRUZIONI E LAVORI SA;

- dacă au fost cuantificate daune/prejudicii dintre cele enumerate la punctul 8.4 din Documentul constatator nr. 92/21463/28.03.2018, rezultate ca urmare a neîndeplinirii obligațiilor contractuale de către Ofertantul Asociat SECOL SOCIETÀ EDILE CONTRUZIONI E LAVORI SA, dacă aceste sume fac obiectul unor litigii aflate pe rolul instanțelor sau soluționate precum și stadiul acestora, dacă este cazul;

- dacă a fost deschis un litigiu cu privire la Documentul constatator nr. 92/21463/28.03.2018, precum și stadiul acestuia, dacă este cazul; "

În răspuns, derulatorul contractului - Unitatea de Implementare Proiecte 6 Lugoj-Deva, a transmis adresa nr. 12B/12999/08.10.2019 (Anexa 2), prin care a informat Comisia de evaluare cu privire la următoarele:

"Documentul Constatator nr. 92/21463/28.03.2018, referitor la îndeplinirea obligațiilor contractuale din cadrul Contractului "Proiectare și Execuție Autostrada Lugoj-Deva Lot 2 km 27+620 - km 56+220, a fost emis pentru Asocierea SALINI IMPREGILO S.p.A - SECOL SOCIETÀ EDILE COSTRUZIONI E LAVORI SA. - S.E.C.O.L. Società Edile Consunzioni Opere e Lavori S.P.A.

De asemenea, menționez faptul că ofertantul. Seol Società Edile Costruzioni e Lavori SA face parte din asocierea mai sus amintită, prin urmare făcându-se responsabil pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale exact cum este detaliat în Documentul Constatator.

Ca răspuns la alineatul 3 din adresa dumneavoastră, vă comunicăm că în urma Revendicării nr. 21 coroborat cu neîndeplinirea obligațiilor contractuale așa cum reiese din Documentul Constatator. Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, a emis Factura cu nr. 190000033/09.08.2019 în valoare de 84,409,587.57 lei, iar la data prezentei există o Ordonanță Presedintială în vederea suspendării provizorie a executării

scrisorii de garanție bancară de bună execuție nr. 17 din 25.10.2013 (garanție de bună execuție care a fost înaintată către executare în urma neplății facturii mai sus menționate), până la soluționarea definitivă a dosarului arbitral nr. 20727/MHM care se afla pe rolul tribunalului arbitral constituit sub auspiciile Curții internaționale de Arbitraj de la Paris.

În ceea ce privește alineatul 4 din adresa dumneavoastră, VIP 6, nu deține informații în acest sens.

De asemenea, dorim să vă aducem la cunoștință că stadiul fizic pentru secțiunile A-D este de 95,8%."

Din analiza răspunsului transmis de către Unitatea de implementare Proiecte 6 Lugoj-Deva, cu incidență în speța de față, Comisia de evaluare a reținut următoarele:

a) Neîndeplinirea obligațiilor contractuale menționate în cadrul Documentului Constatator nr. 92/2] 463/28.03.2018 vizează inclusiv obligațiile ce-i reveneau Ofertantului Asociat SECOL SOCIETĂȚI EDILE CONTRUZIONI E LAVORI SA, în calitate de membru al asocierii:

b) A fost emisă factura nr. 190000033/09.08.2019 în valoare de 84.409.587,57 lei, reprezentând penalități de întârziere, emisă în temeiul Sub-clauzei 8.7 [Penalități de întârziere] Contractual/ Condițiile speciale;

c) Executarea garanției de bună execuție a fost suspendată prin Ordonanța Președințială până la soluționarea definitivă a Dosarului arbitral nr. 20727/MHM;

d) Stadiul fizic pentru secțiunile A-D este de 95,8%;

Comisia de evaluare a revenit prin adresa nr. 13B/8005/03.10.2019 (Anexa 3), îlerand solicitarea de informații din partea Direcției Juridice, respectiv, să comunice:

"- dacă au fost cuantificate daune/prejudicii rezultate ca urmare a neîndeplinirii obligațiilor contractuale de către Ofertantul Asociat SECOL SOCIETĂȚI EDILE CONTRUZIONI E LAVORI SA și dacă aceste sume fac obiectul unor litigii aflate pe rolul instanțelor sau soluționate precum și stadiul acestora (dacă este cazul);

- dacă a fost deschis un litigiu cu privire la Documentul constatator nr. 92/2] 463/28.03.2018, precum și stadiul acestuia (dacă este cazul);"

În răspuns, Direcția Juridică a informat Comisia de evaluare prin adresa nr. 19/5072/08.10.2019 (Anexa 4), cu privire la faptul că "din verificările efectuate pe Portalul Instanțelor de Judecată, nu am găsit vreun litigiu înregistrat cu un astfel de obiect. Iar Serviciul Contencios nu are cunoștință și nu gestionează un astfel de litigiu."

În continuare, Comisia de evaluare a procedat la analiza portalului instanțelor de judecată (www.portal.just.ro) după denumirea liderului de asociere - "SALINI", identificând următoarele litigii relevante:

1. Dosarul nr. 4188/3/2019:

23.04.2019

Tip soluție: Admite cererea

Soluția pe scurt: Respinge excepția lipsei de interes, ca neîntemeiată. Admite cererea formulată de reclamanta ASOCIEREA SALINI IMPREGILO SRA - SECOL SOCIETĂȚI EDILE COSTRUZIONI E LAVORI SA - SECOL SOCIETĂȚI EDILE COSTRUZIONI OPERE E LAVORI SPA în contradictoriu cu pârătele BANCA COMERCIALA INTESA SANPAOLO ROMANIA SA și COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA. Dispune suspendarea provizorie a executării scrisorii de garanție bancară pentru plata avansului nr. 18/26.11.2013. emisă de pârâta Banca Comercială Intesa Sanpaolo România SA către pârâta Compania Națională de Autostrăzi și Drumuri Naționale din România SA (în prezent, Compania Națională de Administrare a infrastructurii Rutiere SA) până la soluționarea cererii formulate de reclamanta Asocierea Salini.

Impregilo SpA - Secol Societăți Edile Costruzioni e Lavori SA - SECOL Societăți Edile Costruzioni Opere e Lavori SpA de investiție a Tribunalului Internațional de Arbitraj din Cadrul Camerei Internaționale de Comerț, (ICC), cu nr. cazului ICC 20727/MHM. la aci că

reclamanta și-a rezervat dreptul să solicite cheltuieli de judecată pe cale separată și că pârâta Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA nu a solicitat cheltuieli de judecată. Executorie. Cu recurs în 5 zile de la pronunțare. Pronunțată în ședință publică astăzi, 23.04.2019.

Soluția a rămas definitivă în data de 17.07.2019 prin respingerea apelului formulat de către CNAIR SA.

2. Dosarul nr. 8311/2/2018 - având ca obiect: nulitate act juridic anulare act administrativ -DOC. 92/21463/28/03/2018

26.02.2019

Tip soluție: Respinge cererea

Soluția pe scurt: Admite excepția necompetenței generale a Tribunalului București Secția a VI-a Civilă. Respinge cererea de chemare în judecată, ca nefiind de competența instanțelor române. Cu drept de recurs în 30 zile de la comunicare. Cererea de recurs se depune la Tribunalul București Secția a VI-a Civilă, Pronunțată în ședință publică azi 26.02.2019.

Căi atac: Nu există informații.

Din analiza informațiilor prezentate mai sus, Comisia de evaluare a reținut următoarele aspecte:

- CNAIR SA a solicitat executarea garanției de buna execuție, însă cererea a fost suspendată de către instanța de judecată până la soluționarea Dosarului arbitral nr. ICC 20727/MHM;

- Cererea de anulare a Documentului constatator nr. 92/21463/28/03/2018 a fost respinsă ca nefiind de competența instanțelor române,

II. Analizarea legislației incidente

În continuare. Comisia de evaluare a procedat la analizarea textului de lege incident - art. 167, alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, astfel:

Articolul 167

"(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;"

Astfel, se observa ca motivul de excludere pentru a fi aplicabil prevede doua condiții CUMULATIVE, fiecare dintre acestea prezentând mai multe cazuri ALTERNATIVE:

1. operatorul economic și-a încălcat:

- în mod grav sau

- repetat

obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice [...];

2. iar aceste încălcări au dus la:

- încetarea anticipată a respectivului contract,

- plata de daune-interese sau ' alte sancțiuni comparabile.

În cadrul Titlului V, Cap. II, Secțiunea a 4-a Executarea prin echivalent, din Noul Cod Civil sunt reglementate noțiunile incidente respectiv: daune-interese, daune moratorii, clauza penală (penalități), astfel:

Articolul 1,530 - Dreptul la daune-interese

Creditorul are dreptul la daune-interese pentru repararea prejudiciului pe care debitorul i l-a cauzat și care este consecința directă și necesară a neexecutării tară justificare sau, după caz, culpabile a obligației.

I. Evaluarea prejudiciului

Articolul 1.531 - Repararea integrală

(1) Creditorul are dreptul la repararea integrală a prejudiciului pe care l-a suferit din faptul neexecutării.

(2) Prejudiciul cuprinde pierderea efectiv suferită de creditor și beneficiul de care acesta este lipsit. La stabilirea întinderii prejudiciului se ține seama și de cheltuielile pe care creditorul le-a tăcut, într-o limită rezonabilă, pentru evitarea sau limitarea prejudiciului.

(3) Creditorul are dreptul și la repararea prejudiciului nepatrimonial.

Articolul 1.536 - Daunele moratorii în cazul obligațiilor de a face

În cazul altor obligații decât cele având ca obiect plata unei sume de bani, executarea cu întârziere dă întotdeauna dreptul la daune-interese egale cu dobânda legală, calculată de la data la care debitorul este în întârziere asupra echivalentului în bani al obligației, cu excepția cazului în care s-a stipulat o clauză penală ori creditorul poate dovedi un prejudiciu mai mare cauzat de întârzierea în executarea obligației.

Articolul 1.537 - Dovada prejudiciului

Dovada neexecutării obligației nu îl scutește pe creditor de proba prejudiciului, cu excepția cazului în care prin lege sau prin convenția părților se prevede altfel.

II. Clauza penală și arvuna

Articolul 1.538 - Clauza penală

(1) Clauza penală este aceea prin care părțile stipulează că debitorul se obligă la o anumită prestație în cazul neexecutării obligației principale.

(2) În caz de neexecutare, creditorul poate cere fie executarea silită în natură a obligației principale, fie clauza penală.

(3) Debitorul nu se poate libera oferind despăgubirea convenită.

(4) Creditorul poate cere executarea clauzei penale fără a fi ținut să dovedească vreun prejudiciu.

(5) Dispozițiile privitoare la clauza penală sunt aplicabile convenției prin care creditorul este îndreptățit ca, în cazul rezoluțiunii sau rezilierii contractului din culpa debitorului, să păstreze plata parțială făcută de acesta din urmă. Sunt exceptate dispozițiile privitoare la arvună.

Din analiza textelor legale amintite mai sus. Comisia de evaluare a reținut următoarele:

Din structura Secțiunii a IV-a, Cap. II, Titlul V, Noul Cod Civil precum și din literatura de specialitate rezulta faptul ca, din clasa daunelor-interese fac parte daunele moratorii (penalități de întârziere), daunele compensatorii (penalități pentru neexecutarea obligațiilor) și clauza penală (penalități prestabilite prin voința părților pentru neexecutarea/întârzierea executării contractului):

- Daunele moratorii sunt daunele-interese la care creditorul are dreptul ca urmare a întârzierii debitorului de a executa obligația la termen (daune pentru întârziere, din limba latină, mora). Daunele compensatorii sunt daunele care vor fi plătite creditorului atunci când executarea obligației nu mai este posibilă și, prin urmare, creditorul va avea dreptul să primească altceva în schimb, adică în compensarea pierderii suferite.

- Majoritatea autorilor abordează instituția juridică a daunelor-interese (în principal, prin raportare la noțiunea de clauză penală) ca fiind cuantificarea prejudiciului de către părțile contractante; noțiunea este abordată în mod unitar, făcându-se însă deosebire în funcție de faptul dacă o astfel de clauză penală a fost stabilită pentru neexecutarea obligației (compensatorie) sau doar pentru simpla întârziere (moratorie).

- In cazul clauzei penale (inclusiv pentru penalitățile de întârziere), conform art. 1537 N.C.C., creditorul nu este ținut de a face dovada prejudiciului, existența și întinderea acestuia fiind prestabilită prin convenția părților.

Pentru a determina natura creanței, Comisia de evaluare a cercetat mențiunile cuprinse în factura de penalități nr. 190000033/09.08.2019 (Anexa 5), precum și în Raportul privind necesitatea și oportunitatea emiterii facturii de penalități nr. 13B/10328/07.08.2019.

Astfel, se constată faptul că temeiul contractual care a stat la baza emiterii facturii este dat de prevederile Sub-clauzei 2.5 [Revendicările Beneficiarului], Sub-clauzei 1.1.3.3 [Durata de Execuție] și Sub-clauzei 8.7 [Penalități de întârziere]: "Dacă Antreprenorul nu resusete să respecte prevederile Sub-clauzei 8. 2 [Durata de Execuție], Antreprenorul va plăti Beneficiarului penalități de întârziere, în conformitate cu prevederile Sub-clauzei 2.5 [Revendicările Beneficiarului]. Penalitățile de întârziere vor constitui suma menționată în Anexa la oferta", care va fi plătită pentru fiecare zi de întârziere înregistrată între data de terminare contractuală și data specificată în Certificatul de Recepție la Terminarea Lucrărilor. Suma loială datorată, potrivit prevederilor acestei Sub-clauze, nu va putea depăși suma maximă aferentă penalităților de întârziere (dacă există), prevăzută în Anexa la Oferta. [...]"

Comisia de evaluare a reținut faptul că natura creanței este răspunderea contractuală, conform unei clauze penale fiind solicitată plata de daune-interese sub forma de penalități de întârziere, în baza Sub-clauzei 8.7 [Penalități de întârziere].

III. Analiza jurisprudenței naționale și europene în spețe similare

Comisia de evaluare, a identificat cu aplicabilitate în situația descrisă, două hotărâri, respectiv HOTĂRÂREA CEJ (Camera a patra) din 3 octombrie 2019 în cauza C-267/18 (Anexa 6), precum și Decizia CNSC nr. 1258/C7/1514/29.05.2019 (Anexa 6), din cadrul cărora amintim următoarele paragrafe relevante;

A. HOTĂRÂREA CEJ (Camera a patra) din 3 octombrie 2019:

"[...]27. Stabilirea unei relații de încredere între autoritatea contractantă și ofertantul câștigător presupune, așadar, ca această autoritate contractantă să nu fie în mod automat ținută de aprecierea făcută, în cadrul unui contract de achiziții publice anterior, de o altă autoritate contractantă, în special pentru a fi în măsură să acorde o atenție deosebită principiului proporționalității la momentul aplicării cauzelor facultative de excludere (a se vedea în acest sens Hotărârea din 19 iunie 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, punctele 30 și 32). Astfel, acest principiu impune ca autoritatea contractantă să examineze și să aprecieze ea însăși faptele. În această privință, astfel cum a arătat domnul avocat general la punctul 32 din concluziile sale, din modul de redactare a articolului 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24 reiese că neregula săvârșită de ofertant trebuie să fi fost suficient de gravă pentru a justifica, din perspectiva principiului proporționalității, rezilierea contractului

28 Rezultă că o autoritate contractantă nu poate deduce în mod automat din decizia unei alte autorități contractante de a rezilia un contract de achiziții publice anterior, pentru motivul că ofertantul ar fi subcontractat o parte din lucrări fără autorizarea sa prealabilă, că acest ofertant a dat dovadă de deficiențe semnificative sau persistente, în sensul articolului 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24, referitor la îndeplinirea unei cerințe de fond aferente acestui contract de achiziții publice.

29 Revine astfel autorității contractante sarcina de a efectua propria evaluare a comportamentului operatorului economic vizat de rezilierea unui contract de achiziții publice anterior. În această privință, ea trebuie să examineze, în mod diligent și imparțial, pe baza tuturor elementelor relevante, printre care decizia de reziliere, și având în vedere principiul proporționalității, dacă acest operator este, din punctul său de vedere, răspunzător pentru deficiențe semnificative sau persistente de care a dat dovadă la îndeplinirea unei cerințe de fond care îi revenea în cadrul contractului menționat, deficiențele respective fiind susceptibile să provoace ruperea legăturii de încredere cu operatorul economic în cauză. [...]

37 în sfârșii. în cazul în care constată că sunt îndeplinite condițiile prevăzute la articolul 57 alineatul (4) litera (g) sau (h) din Directiva 2014/24, autoritatea contractantă trebuie, pentru a respecta prevederile articolului 57 alineatul (6) din această directivă coroborat cu considerentul (102) al directivei menționate, să lase posibilitatea operatorului economic în cămă să furnizeze dovezi care să ateste că măsurile corective pe care acesta din urmă le-a luat sunt suficiente pentru a evita repetarea neregularității aflate la originea rezilierii contractului de achiziții publice anterior și că, prin urmare, acestea sunt de natură să demonstreze fiabilitatea sa în pofida existenței unei cauze facultative de excludere relevante. [

Pentru aceste motive, Curtea (Camera a patra) declară:

Articolul 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE trebuie interpretat în sensul că subcontractarea de către un operator economic a unei părți din lucrări în cadrul unui contract de achiziții publice anterior, decisă fără consimțământul autorității contractante și care a condus la rezilierea acestui contract, constituie o deficiență semnificativă sau persistentă la îndeplinirea unei cerințe de fond aferente contractului de achiziții publice menționat, în sensul dispoziției respective, și este, așadar, de natură să justifice excluderea acestui operator economic de la participarea la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice ulterior dacă, după ce a procedat la propria evaluare a integrității și a fiabilității operatorului economic vizat de rezilierea contractului de achiziții publice anterior, autoritatea contractantă care organizează această procedură de achiziție publică ulterioară apreciază că o astfel de subcontractare determină ruperea legăturii de încredere cu operatorul economic în cauză. înainte de a pronunța o astfel de excludere, autoritatea contractantă trebuie însă, în conformitate cu articolul 57 alineatul (6) din această directivă coroborat cu considerentul (102) al directivei menționate, să lase posibilitatea acestui operator economic să prezinte măsurile corective pe care le-a adoptat ca urmare a rezilierii contractului de achiziții publice anterior. "

Din analiza acestei Hotărâri, Comisia de evaluare a reținut următoarele aspecte:

- Emiterea unui Document Constatator negativ nu atrage în mod automat excluderea operatorului economic din cadrul procedurii de achiziție;

- Autoritatea Contractanta trebuie sa analizeze în concret dacă partea neîndeplinită din contract este de natura sa determine ruperea legăturii de încredere cu operatorul economic în cauză;

- înainte de a pronunța o astfel de excludere, autoritatea contractanta trebuie însă, în conformitate cu articolul 57 alineatul (6) din această directivă coroborat cu considerentul (102) al directivei menționate, precum și cu art. ce transpune aceasta prevedere în legislația națională - art. 168 alin (3) din Legea 98/2016, sa" lase posibilitatea acestui operator economic să prezinte măsurile corective pe care le-a adoptat:

B. Decizia CNSC nr. 1258/C7/1514/29.05.2019:

"Așadar, cu toate ca, în solicitarea ce i-a fost adresată, autoritatea contractanta nu a menționat, în mod concret, în ce trebuia sa constea clarificarea dorită de la ofertantul, respectiv dacă dorea o prezentare punctuală a argumentelor pentru fiecare document constatator în parte, cu prezentarea de documente edificatoare/dovezi care sa ateste ca masurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-si 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 sa se refere la situația în cauza, fără detalierea aspectelor pentru fiecare document în parte, cum se constata ca a procedat ofertantul contestator, și cu toate ca a primit răspuns la adresa nr. 14/1859/10.02.2017, în care ofertantul în discuție a argumentat faptul ca simpla emitere a celor patru documente constatatoare nu poate echivala cu excluderea sa din procedura, Consiliul constata ca CNADNR 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 da 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 SC GRĂDINARII) IMPORT EXPORT SRL, prin adresarea unei simple adrese de clarificări, cu un conținut ambiguu, așadar prin îndeplinirea pur formală a atribuțiilor 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."[...] (pg. 39 primul paragraf) "Obliga CNADNR 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 SC GRĂDINARII) IMPORT EXPORT SRL clarificări clare, concrete și detaliate, despre documentele constatatoare [...] 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."

Din analiza acestei Decizii, Comisia de evaluare a reținut următoarele aspecte:

- Emiterea unui Document Constatator negativ nu atrage în mod automat excluderea operatorului economic din cadrul procedurii de achiziție;
- Autoritatea Contractantă are obligația de a solicita clarificări clare, concrete și detaliate, despre documentele constatatoare;
- Autoritatea Contractantă are obligația de a da posibilitatea operatorilor economici să poată furniza dovezi care să urteze că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra credibilitatea prin raportare la motivele de excludere

IV. Analiza informațiilor prezentate de către Ofertant în răspuns la solicitarea de clarificări

Cu respectarea concluziilor deduse din analiza Hotărârilor prezentate la cap. IV., Comisia de evaluare a solicitat Ofertantului următoarea clarificare:

"Având în vedere faptul că pentru Ofertantul Asociat SECOL SOCIETATE EDILITRUCIONIE LA VORI SA în cadrul DUAELa secțiunea C: Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, categoria ÎNCETAREA ANTICIPATĂ, DA UNE-INTERESE SAU ALTE SANCTIUNI COMPARABILE:

Încetarea anticipată, daune interese sau alte sancțiuni comparabile	răspunsul dvs.
Detalii/informații suplimentare e-certis	da/nu

ați bifat opțiunea "NU", vă solicităm să prezentați justificări/informații/documente edificatoare care să justifice opțiunea prezentată la nivel de DUAELa avut în vedere mențiunile amintite mai sus, prevăzute în Documentul Constatator nr. 92/21463/28.03.2018.

Justificările/ informațiile/ documentele edificatoare vor fi prezentate prin raportare la prevederile art. 167 alin. (1), Ut. g)1 și vor fi de natură să INFIRME condițiile de încadrare în textul legal, respectiv, să facă dovadă că NU au fost încălcate în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau Ofertantului Asociat SECOL SOCIETATE EDILITRUCIONI E LAVORI SA în cadrul contractului 92/69425/18.10.2013 și/sau că aceste încălcări NU au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Justificările/informațiile/documentele edificatoare vor fi prezentate prin raportare la fiecare dintre mențiunile înscrise în cadrul Documentului Constatator nr. 92/21463/28.03.2018 la Cap. 8. 8.1 și respectiv 8.4.

Amintim totodată ca, în conformitate cu art. 171 alin. (1) din Legea 98/2016, în cazul în care sunt incidente motivele de excludere prevăzute la art. 167 alin. (1) Ut. g) aveți dreptul de a furniza dovezi care să arate că măsurile luate sunt suficiente pentru a demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

De asemenea, în conformitate cu art. 171 alin. (3) din Legea 98/2016 dovezile pe care pot fi furnizate se referă la efectuarea plății sau la asumarea de către Ofertantul Asociat a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația, și la adoptarea unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau câte fapte ilicite.

Se anexează prezentei clarificări Documentul constatator nr. 92/214165/28.03.2018."

În răspuns, Ofertantul, a comunicat prin intermediul platformei SICAR, în termenul stabilit - 10.10.2019, următoarele informații: "[...]"

Pârâta a bifat opțiunea NU în cadrul documentului DUAЕ Secțiunea C, deoarece nu se încadrează în niciuna dintre situațiile cuprinse în aceasta: "Motive de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, categoria ÎNCETAREA ANTICIPATA, DAUNE INTERESE SAU ALTE SANCTIUNI COMPARABILE", astfel cum vom clarifica în cele ce urmează.

De asemenea, pârâta nu se regăsește în situația de excludere prevăzută de art. 167 (1) lit. g) prevăzută de legea 98/2016:

"Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică I acordul cadru orice operator economic care se afla în oricare dintre următoarele situații; (...) (g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i revineau 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."

Pârâta mai arată că:

Simpla existența a Documentului Constatator nu poate conduce automat la excluderea ofertei potrivit art. 167 (I) lit. g) din legea 98/2016, fiind necesară propria analiză diligentă și imparțială a comisiei de evaluare.

Analiza comisiei de evaluare presupune verificarea condițiilor cumulative prevăzute de art. 167 (1) lit. g) din legea 98/2016, iar în cazul de față niciuna dintre condiții nu este îndeplinită, ceea ce face inaplicabil cazul de excludere.

Analiza comisiei de evaluare trebuie să fie făcută cu respectarea principiului proporționalității, ceea ce face inaplicabil cazul de excludere facultativă a ofertei conform art. 167 (1) lit. g) din legea 98/2016.

A exercitat calea de atac față de Documentul Constatator, majoritatea aspectelor de fond fiind în prezent analizate pe fond de tribunalul arbitral ICC în cadrul dosarului MHM/20727. Întrucât nicio soluție definitivă nu este încă emisă în legătura cu acest demers, completarea DUAЕ s-a făcut corect.

Simpla existența a Documentului Constatator nu poate conduce automat la excluderea ofertei potrivit art. 167 (1) lit. g) din legea 98/2016, fiind necesară propria analiză diligentă și imparțială a comisiei de evaluare.

În primul rând emiterea unui Document Constatator de către o autoritate contractantă, indicând faptul că "contractul/ nu a fost îndeplinit în mod corespunzător" nu echivalează cu motivul de excludere prevăzut de textul de lege citat mai sus.

În acest sens s-a pronunțat CJUE1; "Revine astfel autorității contractante de a efectua propria evaluare a comportamentului operatorului economic vizat de rezilierea unui contract de achiziții publice anterior. În această privință, ea trebuie să examineze în mod diligent și imparțial, pe baza tuturor elementelor relevante, printre care decizia de reziliere, și având în vedere principiul proporționalității, dacă acest operator, este din punctul său de vedere, răspunzător (...)."

De asemenea, în același sens s-au pronunțat instanțele din România investite cu soluționarea de litigii privind achizițiile publice;

"În ceea ce privește conținutul și modul de aplicare a dispozițiilor art.176 lit. g și alin. B din legea 98/2016, problema care se ridică în speță este aceea dacă simpla existența a unui document constatator face dovada îndeplinirii condițiilor prevăzute de acest text de lege sau comisia de evaluare trebuie să verifice printr-o analiză proprie îndeplinirea acestor condiții.

În mod evident, acest text de lege duce la concluzia neechivocă că excluderea din procedura a unui operator economic trebuie să se bazeze pe o analiză proprie a comisiei de evaluare a documentelor care pot reprezenta fundamentul probatoriu al unei asemenea decizii de excludere.(.. ,)

Din acest fundament probatoriu trebuie să rezulte în mod neechivoc existența unei încălcări grave sau repetate a obligațiilor contractuale (nu și repetate) așa cum această noțiune este definită de alineatul 8 a/ art. 167 din legea 98 I 2006 iar această încălcare gravă sau repetată a obligațiilor să aibă ca și consecință încetarea anticipată a contractului, plata de daune interese sau alte sancțiuni comparabile . "

De altfel, inclusiv comisia de evaluare prin faptul că a solicitat clarificări, țara să decidă automat excluderea subscrisei din procedura de atribuire, dovedește că are aceeași înțelegere cu privire la relevanța Documentului Constatator și anume că simpla sa emitere nu conduce automat la excludere, fiind necesară propria analiză a comisiei cu privire la conținutul Documentului Constatator .

Analiza comisiei de evaluare presupune verificarea condițiilor cumulative prevăzute de art.167 (1) lit. g din legea 98 I 2016, iar în cazul de față niciuna dintre aceste condiții nu este îndeplinită, ceea ce face inaplicabil cazul de excludere

Art.166 alin. 8 din Normele Metodologice de aplicare a legii 98/2016 prevede; "Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat I ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute de art. 167 alin. 1 lit. g din Lege."

Prin urmare, pentru că un Document Constatator să poată sta la baza excluderii în temeiul art.167 (1) lit. g din legea 98/2016, este necesar ca AMBELE condiții de excludere să fie îndeplinite în mod cumulativ, iar aceasta să rezulte din însuși conținutul său.

Cele două condiții cumulative pentru aplicarea motivului de excludere sunt: încălcarea în mod grav sau repetat a obligațiilor principale din contract și încălcările să fi condus fie la încetarea anticipată a contractului, fie la plata de daune interese fie la aplicarea altor sancțiuni comparabile.

Îndeplinirea unei singure condiții dintre cele două de mai sus nu va putea conduce la excluderea ofertantului din procedura.

În cazul de față niciuna dintre ele nu este îndeplinită .

a) Contractul nu a încetat anticipat ca urmare a vreunei încălcări de către Antreprenor a obligațiilor sale principale. Ofertantul SECOL SOCIETATE EDILE COSTRUZIONI E LAVORI SA (ca asociat în cadrul Antreprenorului) nu a plătit daune interese și nici nu i au fost aplicate alte sancțiuni comparabile. Încetarea contractului ca urmare a încălcării de către una dintre părți se produce prin mecanismul rezilierii, reglementat de art. 1549 -I 554 C.civ.

În cazul de fata, nu a intervenit rezilierea din culpa Antreprenorului, după cum însuși Beneficiarul a bifat in cadrul secțiunii 8.3 din Documentul Constatator.

In cadrul proiectului Lugoj Deva Lot 2, Beneficiarul a avut inițiativa unei "încetări parțiale" a Contractului, strict in ceea ce privește Secțiunea E a Lucrărilor (km 47+090- km 56+220).

Motivul de fapt invocat de Beneficiar pentru încetarea parțiala a Contractului a fost unul independent de voința si controlul Antreprenorului si anume emiterea in data de 24.12.2014, la o luna după semnarea Contractului a unui Acord de Mediu Revizuit care a impus o serie de modificări, constând in principal in prelungirea viaductului existent la km 51 + 760 al Proiectului, proiectarea unui viaduct nou la km 48+180 precum i proiectarea a doua tuneluri forate la km 52+820 i km 53+675.

Aceste modificări necesitau adaptarea Contractului pentru a tine cont de noile cerințe impuse de Acordul de Mediu Revizuit. Contractul nu a fost adaptat însă niciodată, iar in data de 26.07.2017 Beneficiarul a comunicat Antreprenorului decizia sa de "încetare parțiala" a Contractului in ceea ce privește Secțiunea E.

Beneficiarul si-a întemeiat decizia de încetare parțiala a contractului pe dispozițiile art.1321 Cod Civil, invocând "imposibilitatea fortuita de executare".

Cazul fortuit reprezintă, in accepțiunea art.1351 (3) Cod Civil, un eveniment care nu poate fi prevăzut si nici împiedicat de cel care ar fi fost chemat să răspundă dacă evenimentul nu s-a produs. Cazul fortuit exclude ideea de culpa a vreuneia dintre părți, deci inclusiv a Antreprenorului.

Prin urmare, nu se poate vorbi despre o încetare anticipata a Contractului cauzata de încălcarea contracta lui de către Antreprenor.

In plus, Antreprenorul nu a achitat niciodată daune interese si nici nu i-au fost aplicate alte sancțiuni comparabile.

Mențiunile din Secțiunea 8.4 a Documentului Constatator in sensul ca Beneficiarul ar fi suferit sau ar fi putut suferi prejudicii nu sunt relevante pentru scopul art. 167 (1) lit. g. Textul de lege nu se refera doar la prejudiciul suferii sau care ar putea fi suferit de către Beneficiar, ci ia însăși recuperarea acestuia, fie prin plata de către Antreprenor de daune interese fie prin aplicarea fală de acesta a altei sancțiuni comparabile. Prin urmare, simpla mențiune in cadrul Documentului Constatator a faptului ca Beneficiarul a suferit sau ar fi putut sa sufere anumite categorii de prejudicii, nu reflecta in niciun caz condiția reglementata de art. 167 (i) lit. g.

Rezulta așadar ca una dintre cele doua condiții cumulative prevăzute de art.167 (1) lit. g din legea 98/2016 nu este întrunită, respectiv nu a existat o încetare anticipata a contractului ca urmare a încălcărilor obligațiilor sale de către Antreprenor, iar acesta din urma nu a achitat daune interese si nu i-au fost aplicate alte sancțiuni comparabile.

Fata de cele de mai sus, analiza existentei sau nu a unor încălcări grave sau repetate a obligațiilor principale este din punctul de vedere al subscrisei redundanta, aplicarea motivului de excludere necesitând întrunirea ambelor condiții.

Cu toate acestea, având in vedere solicitarea dvs. expresa in acest sens, urmează sa abordam si aceasta condiție a art. 167 (1) lit. g din legea 98/2016.

b)Nu au existat încălcări grave sau repetate ale obligațiilor principale ale antreprenorului

Noțiunea de încălcare grava este circumstanțiala alai in cadrul Directivei 2014/24/UE privind achizițiile publice, cat si in legislația interna după cum urmează:"deficiente majore in ceea ce privește cerințele de fond, de exemplu, nerespectarea obligației de a furniza sau de a executa, deficiente semnificative ale produsului sau ale serviciului furnizat, ceea ce le face inutilizabile pentru scopul propus, sau un comportament necorespunzător care arunca îndoiele serioase cu privire la fiabilitatea operatorului economic." - considerentul JOI din cadrul Directivei 2014/24/UE

"In sensul dispozițiilor alin. 1 lit. g se considera încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificam, neexecutarea contractului, livrarea l prestarea l executarea unor produse l servicii l lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract." - Art. 167 (8) din legea 98/2016.

Practica CJUE a circumstanțial la rândul sau noțiunea de "abatere grava" după cum urmează: "(...) noțiunea de abatere grava trebuie sa fie înțeleasa ca referindu-se în mod normal la un comportament al operatorului economic în cauza care denota o intenție culpabilă sau o neglijență de o anumită gravitate din partea sa. Astfel, orice executare incorectă, imprecisă sau defectuoasă a unui contract sau a unei părți din acest contract poate demonstra eventual o competență profesională limitată a operatorului economic în cauza, dar nu echivalează automat cu o abatere grava.

(.. .) noțiunea de "abatere grava" în sensul indicat la pct. 25 din prezenta hotărâre, tui poate fi înlocuită cu noțiunea de "motive imputabile" operatorului economic în cauza."4 "In aceasta privință, măsurile corective subliniază, astfel cum a arătat domnul avocat general la punctul 44 din concluziile sale, importanța acordată fiabilității operatorului economic, acest element influențând profund cauzele de excludere referitoare la caracteristicile subiective ale ofertantului. "5 Încălcările grave ale obligațiilor contractuale sunt circumstanțiale de legiuitor fie prin raportare la neexecutarea totală a contractului fie la executare unor lucrări ce prezintă neconformități majore ce le fac improprii utilizării conform destinației. În plus, în practica sa CJUE a statuat ca este necesară și existența unei intenții culpabile sau a unei neglijențe grave, caci o simplă executare incorectă nu denota decât cel mult lipsa de competență profesională a ofertantului.

Fata de cele de mai sus, subscrisa subliniază ca presupusele încălcări ce rezulta din Documentul Constatator nu se încadrează în noțiunea de "încălcări l abatere grava".

Astfel, nu se poate vorbi despre o neexecutarea totală a contractului de către Antreprenor, acesta finalizând în mod substanțial lucrările aferente Secțiunilor A- D.

De asemenea, nu se poate vorbi nici despre lucrări ce nu pot fi utilizate potrivit destinației, de vreme ce:

Secțiunile A- C și Nodul Margina au fost recepționate în data de 03.03.2016 și date în folosință începând cu data de 06.03.2017.

Secțiunea E a fost omisă din obiectul lucrărilor chiar de către Beneficiar.

Secțiunea D a fost finalizată în mod substanțial. Chiar în Procesul Verbal de Recepție la Terminarea Lucrărilor din data de 14.03.2018 se consemnează la pct.6.4 ca nu există "lucrări care prezintă vicii ce nu pot fi înlăturate și care prin natura lor implică nerealizarea uneia sau mai multor cerințe fundamentale".

În fapt, folosirea lucrărilor aferente Secțiunii D potrivit destinației depinde indisolubil de finalizarea lucrărilor pe Secțiunii E, astfel cum rezulta din planșele anexate".

Din faza ofertării, lotul 2 al autostrăzii Lugoj-Deva avea prevăzut un singur nod rutier situat la începutul secțiunii D, la km 42+710, la Margina. Acest nod rutier leagă autostrada cu DN 68A. Următorul nod rutier este prevăzut pe lotul 3 la km 67+040, la Grind. Pentru ca secțiunea D să poată fi utilizată, dinspre Lugoj spre Deva, ar trebui să aibă un nod rutier prin care să se facă legătura cu o altă osca pentru ca participanții la trafic să continue drumul spre Deva, altfel călătoria lor se oprește la km 47+090, secțiunea E (unde este stâlpul electric) și sunt nevoiți să se întoarcă. Dinspre Deva spre Lugoj nu există punct de intrare pe autostrada (nod rutier) și deci secțiunea D nu poate fi folosită nici în acest sens de mers. Astfel, secțiunea D va fi funcțională numai când secțiunea E va fi funcțională.

În prezent însă, procedura de atribuire pentru execuția lucrărilor aferente Secțiunii E este suspendată, potrivit extrasului din SEAP.9

De asemenea, nu rezulta din Documentul Constatator ca subscrisa ar fi avut un comportament necorespunzător care să arunce îndoieli serioase cu privire la fiabilitatea sa și nici ca ar fi acționat cu intenție culpabilă sau ca acțiunile sale ar fi rezultatul unei neglijențe grave.

Așadar, dacă ne raportăm la situațiile prezentate în mod exemplificativ de considerentul 101 din Directiva 2014/24/UE, art.167 (8) din legea 98 I 2016 și jurisprudența CJUE, rezulta indubitabil că nu ne aflăm în prezența vreunei încălcări, cu atât mai puțin a unei încălcări grave sau repetate. Prin urmare, nu este îndeplinită nici cea de-a doua condiție cumulativă prevăzută de art. 167 (1) lit. g din legea 98 I 2016.

În cele ce urmează, vom prezenta justificări detaliate pentru fiecare aspect invocat în cadrul Documentului Constatator drept motive pentru care "contractul nu a fost îndeplinit în mod corespunzător" (conform celor menționate în Capitolul 8 din Documentul Constatator). Explicațiile sunt de natură a demonstra faptul că aspectele reținute în conținutul Documentului Constatator nu pot conduce la aplicarea vreunei sancțiuni. Aspectele invocate în Documentul Constatator privesc:

Numeroase rapoarte de neconformitate în perioada de execuție a lucrărilor, Rapoarte de neconformitate nesoluționate la momentul solicitării efectuării recepției la terminarea lucrărilor;

Neîndeplinirea obligațiilor contractuale privind relocarea rețelelor de utilități în vederea execuției lucrărilor de construcție a autostrăzii (relele electrice aferente sectorului O care nu au fost relocate până la momentul efectuării recepției la terminarea lucrărilor pe acest sector);

Întârzierea în obținerea autorizației de construire pentru secțiunile A- D.

În plus, în Secțiunea 8. 1 din cadrul Documentului Constatator [Recepția la Terminarea Lucrărilor], autoritatea contractantă face o descriere detaliată a cronologiei relevante pentru procedurile de recepție pe Secțiunile A - D precum și stadiul acestora la data emiterii Documentului Constatator. Din punctul de vedere al subscrisei, Secțiunea 8.1 din cadrul Documentului Constatator nu este relevantă pentru stabilirea cauzelor de "neîndeplinire corespunzătoare a contractului. Documentul Constatator cuprinde un Capitol dedicat acestui subiect iar în cadrul acestuia sunt incluse doar cele trei presupuse "încalcări" listate mai sus.

Vom răspunde cu toate acestea în mod exhaustiv solicitării dvs. de clarificări, urmând așadar să ne referim pe lângă cele trei așa-zise încălcări listate mai sus și la aspectele ce rezulta din Secțiunea 8.1 a Documentului Constatator:

Înștiințarea de Remediere nr.12

Procesul verbal de Recepție la Terminarea Lucrărilor din data de 14.03.2018 prin care s-a decis respingerea recepției pentru Secțiunea D.

Rapoartele de neconformitate

Simpla apariție a unor neconformități nu reprezintă în sine o încălcare a contractului. Încălcarea contractului constă însă în neluarea acțiunilor corective necesare pentru remedierea acestora, conform sub-clauzei 7.6 din Condițiile Generale ale Contractului, menționată în cele de mai sus. Or, măsuri corective au fost luate, toate Rapoartele de Neconformitate fiind închise

Pe parcursul executării lucrărilor au fost deschise 83 neconformități. Atașăm prezentei un Centralizator al neconformităților sesizate pe parcursul derulării Contractului, actualizat până în luna septembrie 2018". În care sunt evidențiate data emiterii rapoartelor de neconformitate, o scurtă descriere a rapoartelor menționate, o scurtă descriere a măsurilor întreprinse de către Antreprenor în vederea remedierii neconformităților semnalate și, nu în ultimul rând, data includerii rapoartelor de neconformitate emise pe parcursul derulării contractului.

Ținând cont de complexitatea Proiectului și de durata de derulare a lucrărilor, numărul de neconformități nu este excesiv, reflectând o situație de normalitate în cadrul oricărui șantier de asemenea anvergură.

La data emiterii Documentului Constatator nu mai exista decât un singur raport de neconformitate deschis și acesta fiind inclus la câteva zile după emiterea Documentului Constatator, respectiv în data de 05.04.2018, astfel cum rezulta din Centralizatorul menționat.

Este exclus așadar că, prin raportare la situațiile prezentate în mod exemplificativ de considerentul 101 din Directiva 2014/24/UE, art.167 (8) din legea 98/2016 și jurisprudența

CJUE, situația descrisă mai sus să fie în mod serios încadrată în noțiunea de "încălcare gravă sau repetată" a obligațiilor contractuale ale Antreprenorului.

Neîndeplinirea obligațiilor contractuale privind relocarea rețelelor de utilități în vederea execuției lucrărilor de constructivitate a autostrăzii (rețele electrice aferente sectorului D care nu au fost relocate până la momentul efectuării recepției la terminarea lucrărilor pe acest sector

În concret, în ceea ce privește Secțiunea D, în amplasament exista un stâlp electric situat la km 46+960 în centrul autostrăzii și de asemenea alți 3 stâlpi electrice situați în amplasamentul autostrăzii. Prezența respectivelor utilități în amplasament împiedică finalizarea Secțiunii D, în particular execuția următoarelor lucrări: construcția a 50m de autostradă, finalizarea relocării drumului comunal DC 100 și execuția rampei 2 a pasajului de la km 47+090.

Motivul determinant care a stat la baza întârzierii și finalmente a imposibilității executării de către Antreprenor a lucrărilor de relocare a rețelei de medie tensiune LEA 20kV pe Secțiunea D a fost faptul că aceasta depindea de relocarea utilităților pe Secțiunea E, fiind avizată de către Enel în cadrul documentației privind relocarea utilităților pe Secțiunea E. În consecință, soarta relocării rețelei pe Secțiunea D a fost intrinsec legată de posibilitatea executării lucrărilor de relocare a respectivei rețele și pe Secțiunea E. Or, după cum am arătat mai sus, Secțiunea E a fost omisă din obiectul lucrărilor chiar de către Beneficiar începând cu data de 26.07.2017.

Nici în prezent relocarea utilităților pe Secțiunea D nu a avut loc, deși mandatul Antreprenorului în relația cu Enel a fost retras începând cu data de 19 martie 2018.

Cadrul prezentelor justificări nu ne permite să dezvoltăm mai în detaliu aceste aspecte. Ele au fost analizate însă într-o manieră minuțioasă în cadrul acțiunii în anulare promovată de Antreprenor față de Documentul Constatator în fața Instanțelor de contencios administrativ. A se vedea în acest sens par. 83-120 din acțiunea în anulare.

În fine, chiar dacă s-ar considera că nerealocarea utilităților pe Secțiunea D ar fi imputabilă Antreprenorului, aceasta nu reprezintă motivul real pentru care lucrările aferente acestei Secțiuni nu pot fi folosite. Motivul real este Secțiunea E. Chiar dacă utilitățile ar fi relocate, Secțiunea D nu va putea fi deschisă decât odată cu Secțiunea E, după cum am detaliat mai sus.

Prin urmare, prin raportare la situațiile prezentate în mod exemplificativ de considerentul 101 din Directiva 2014/24/UE, art. 167 (8) din legea 98 / 2016 și jurisprudența CJUE, situația descrisă mai sus nu poate fi în mod serios încadrată în noțiunea de "încălcare gravă" a obligațiilor contractuale ale Antreprenorului.

Întârzierea în obținerea autorizației de construire pentru secțiunile A - D

Emiterea Autorizațiilor de Construire este condiționată de punerea la dispoziția Antreprenorului a titlului de proprietate al statului asupra terenurilor afectate și de aprobarea Proiectului Tehnic ca parte a Documentației Tehnice. De asemenea, pentru a finaliza DTAC și a obține Autorizațiile de Construire, Antreprenorul are nevoie și de concursul altor entități pentru emiterea avizelor indicate în Certificatul de Urbanism.

Autorizațiile de construire aferente lucrărilor din cadrul coridorului de 70 m expropriat au fost obținute cu întârziere datorită următoarelor categorii de împrejurări:

Întârzieri în etapa de proiectare ca urmare revizuirii Acordului de Mediu Revizuit în data de 24.12.2013;

Întârzieri legate de modificările Declarației de Proiectare ca urmare revizuirii Acordului de Mediu Revizuit în data de 24.12.2013;

Întârzieri în obținerea avizului ENEL, cauzate de situația incertă a Secțiunii E;

Întârzieri în emiterea de către autorități ale avizelor impuse prin Certificatul de Urbanism.

În a doua etapă a fost obținută autorizația de construire pentru lucrările ce urmau să fie executate în afara coridorului de 70 m expropriat. Motivele pentru care aceasta autorizație a

fost emisa cu întârziere au fost lipsa titlului de proprietate asupra terenului și revizuirea Acordului de Mediu din data de 09.12.2016.

Cadrul prezentelor justificări nu ne permite să dezvoltăm mai în detaliu aceste aspecte. Ele au fost analizate însă într-o manieră minuțioasă în cadrul acțiunii în anulare promovată de Antreprenor față de Documentul Constatator în fața instanțelor de contencios administrativ

A se vedea în acest sens par. 121 - 189 din acțiunea în anulare.

În orice caz, întârzierile în obținerea Autorizațiilor de Construire pentru Secțiunile A-D nu au reprezentat cauza determinanta întârzierii în finalizarea Secțiunilor A-D. Orice întârziere în emiterea Autorizațiilor de Construire a fost oricum depășită cu mult de întârzierea cauzată de situația incertă a Secțiunii E. În acest sens, precizăm că în cadrul Contractului, a existat un unic termen de finalizare, neexistând termene intermediare pentru finalizarea Secțiunilor. Așadar, interzicerea aferentă Secțiunii E (și care depășește orice altă întârziere apărută în cadrul Contractului) atrage după sine prelungirea Duratei de Execuție pentru toate Secțiunile, absorbind practic orice alte posibile întârzieri concurente și cu durate mult mai scurte.

Prin raportare la situațiile prezentate în mod exemplificativ de considerentul 101 din Directiva 2014/24/UE, art. 167 (8) din legea 98 / 2016 și jurisprudența CJUE, în niciun caz întârzierea în obținerea acestor autorizații nu ar putea fi considerată o încălcare gravă a obligațiilor Antreprenorului.

Înștiințarea de Remediere nr. 12

Cronologia prezentată în Documentul Constatator în Secțiunea 8.1 (a) se încheie cu mențiunea: "La data emiterii prezentului Document Constatator, înștiințarea de Remediere nr. 12 nu a fost încheiată."

Prin înștiințarea de remediere nr. 12 din 22.06.2014, Inginerul a solicitat Antreprenorului să finalizeze lucrările rămase de executat după Recepția la Terminarea Lucrărilor și consemnate în Anexele la Procesul Verbal de Recepție la Terminarea Lucrărilor nr. 34 din 10.03.2017.

Toate aceste lucrări erau finalizate la data emiterii Documentului Constatator, după cum rezulta din scrisoarea Antreprenorului din data de 05.12.2017 și confirmarea inginerului din 19.10.2018, urmată de solicitarea către Antreprenor în 12.11.2018 de a transmite și informat electronic documentele de calitate "pentru a putea finaliza stingerea Anexelor."

Prin urmare, constatarea nu corespunde adevărului. În orice caz, chiar dacă ar reflecta realitatea, neremedierea și nefinalizarea defectelor minore la lucrările din Anexele la PVRTL nr. 34 din 10.03.2017 nu a afectat și nu afectează folosința lucrărilor potrivit destinației.

Este așadar indiscutabil că, prin raportare la situațiile prezentate în mod exemplificativ de considerentul 101 din Directiva 2014/24/UE, art. 167 (8) din legea 98/2016 și jurisprudența CJUE, situația descrisă mai sus nu poate fi în mod serios încadrată în noțiunea de "încălcare gravă" a obligațiilor contractuale ale Antreprenorului.

Respingerea Recepției pentru Secțiunea D

Cronologia prezentată în Documentul Constatator în Secțiunea 8.1 (b) se încheie cu mențiunea: "Astfel, în data de 14.03.2018 a fost emis Procesul Verbal de Recepție la Terminarea Lucrărilor nr. 4314 (...) prin care s-a decis respingerea recepției la terminarea lucrărilor, în care sunt menționate motivele care au dus la respingerea acesteia (...)."

Fără a insista asupra acestui aspect, subscrierile arată că motivul care a stat la baza imposibilității finalizării lucrărilor pe Secțiunea D a fost blocajul legat de Secțiunea E, în particular problema relocării rețelei de utilități electrice care afecta ambele secțiuni. Prin urmare, respingerea recepției nu se datorează vreunei încălcări contractuale de către Antreprenor. În orice caz însă, chiar dacă respingerea recepției ar fi fost cauzată de o încălcare a contractului de către Antreprenor, aceasta nu se califică drept o încălcare gravă a contractului.

Astfel, motivul pentru care lucrările aferente Secțiunii D nu pot fi date în folosință nu este legat de defectele minore sau lucrările minore nefinalizate, ci strict de faptul că folosința Secțiunii D depinde de darea în folosință a Secțiunii E, după cum am explicat mai sus. Acest lucru rezulta din însuși PVRTL nr. 4314 din 14.03.2018 care la pct. 6.4 consemnează că nu exista

"lucrări care prezintă vicii ce nu pot fi înlăturate și care prin natura lor implica nerealizarea uneia sau mai multor cerințe fundamentale".

Este așadar indiscutabil ca, prin raportare la situațiile prezentate în mod exemplificat la considerentul 101 din Directiva 2014/24/UE, art.167 (8) din legea 98/2016 și jurisprudența CJUE, situația descrisă mai sus nu poate fi în mod serios încadrată în noțiunea de "încălcare gravă" a obligațiilor contractuale ale Antreprenorului.

Analiza comisiei de evaluare trebuie să fie făcută cu respectarea principiului proporționalității

Art. 18 [Principii aplicabile achizițiilor] din Directiva 2014/24/UE stabilește la nivel de principiu ca "autoritățile contractante îi tratează pe operatorii economici în mod egal și fără discriminare și acționează într-o manieră transparentă și proporțională."

De asemenea, în cadrul considerentului 101, aceeași directivă prevede ca: "Atunci când aplica motive facultative pentru excludere, autoritățile contractante ar trebui să fie atente în mod special la principiu proporționalității. Neregulile minore ar trebui să ducă la excluderea unui operator economic doar în circumstanțe excepționale."

Același principiu este confirmat și în practica CJUE în contextul aplicării cazurilor de excludere facultative: "(...) În această privință, ea (n.n. autoritatea contractantă) trebuie să examineze, în mod diligent și imparțial, pe baza tuturor elementelor relevante, printre care decizia de reziliere, și având în vedere principiul proporționalității, dacă acest operator este, din punctul său de vedere, răspunzător pentru deficiențe semnificative sau persistente de care a dat dovadă la îndeplinirea unei cerințe de fond care îi revine în sfera de responsabilitate economică." 18 în cadrul contractului menționat, deficiențele respective fiind să provoace ruperea legăturii de încredere cu operatorul "(...) posibilitatea de care dispune orice autoritate contractantă de a exclude un ofertant de la o procedură de achiziții publice este menită în special să îi permită să aprecieze integritatea și fiabilitatea fiecăruia dintre ofertanți, astfel cum dovedesc articolul 57 alineatul (4) literele (c) și (g) precum și considerentul 101 al Directivei 2014/24. (...)

Principiul proporționalității presupune asigurarea unui echilibru între presupusele încălcări ale contractului și sancțiunea aplicată ofertantului.

În cazul de față, respectarea principiului proporționalității impune comisiei de evaluare să nu aplice sancțiunea excluderii ofertei subscrisei, neexistând nici o rațiune pentru ca fiabilitatea ofertei subscrisei să fie pusă sub semnul întrebării, căla vreme:

Chiar dacă ar exista încălcări ale Contractului din partea Antreprenorului iar acestea sunt consemnate în cadrul Documentului Constatator (ceea ce este negat de subscrisa) aceste încălcări au fost minore, iar participarea acesteia în cadrul asocierii care a avut calitatea de Antreprenor în cadrul Contractului a fost minoritară (de 10%), subscrisa având atribuții strict administrative în cadrul executării Contractului.

Aplicarea unei sancțiuni în condițiile date apare, așadar, ca disproporționată alături de raportul cu situația efectivă a contractului și detaliile mai sus prezentate, cât și cu participarea redusă a subscrisei în cadrul asocierii. Nu există așadar niciun temei pentru a considera că subscrisa nu ar fi o opțiune fiabilă pentru execuția lucrărilor ce fac obiectul contractului pentru Construcția Variantei de Ocolire Târgu Jiu.

Acțiunile întreprinse de Antreprenor împotriva Documentului Constatator.

Antreprenorul a atacat Documentul Constatator în fața instanței de contencios administrativ în data de 26.11.2019, formându-se dosarul nr. 8311/2/2018 în fața Curții de Apel București. Cererea de chemare în judecată este anexată prezentei. În cadrul cererii de chemare în judecată, Antreprenorul a detaliat pe larg motivele de nelegalitate a Documentului Constatator:

Emiterea acestuia în exces de putere prin raportare la vădita neîndeplinire și caracterul abuziv al motivelor reținute în legătura cu presupusa neîndeplinire a obligațiilor contractuale;

Lipsa motivării sale.

Instanța a invocat din oficiu incompetența sa materială, iar în data de 10.12.2018, a pronunțat Hotărârea Civilă nr.518921 prin care a declinat competența de soluționare a cauzei în favoarea Tribunalului București Secția Civilă

În considerente, Curtea de Apel a reținut ca: "...acțiunea în anularea acestui act reprezintă o acțiune ce decurge din executarea contractului de achiziție, intrând astfel sub incidența art. 8 alin.2 teza finală a legii 544 / 2004."

Invocând și admitând excepția mai sus amintită, Curtea de Apel București a calificat Documentul Constatator ca nefiind un act administrativ unilateral tipic cu regim de contestare autonom, ci un act emis de autoritatea contractantă în calitatea sa de parte într-un contract de achiziție publică, concluzionând că litigiile legate de acesta reprezintă litigii legate de executarea contractului.

În data de 26.02.2019, Tribunalul București a emis sentința Civilă nr.48422 prin care a admis excepția incompetenței generale a instanțelor, constând că competența aparține arbitrajului instituționalizat ICC.

La data emiterii sentinței menționate a Tribunalului București, între Antreprenor și Beneficiar exista pe rolul ICC o dispută inițiată de Antreprenor încă din anul 2014. Așadar, prin hotărârea ce va fi emisă în cadrul dosarului arbitral MHM/20727 urmează a fi tranșate aspectele invocate în cadrul acestuia, impactul urmând a se produce și asupra aspectelor consemnate în cuprinsul Documentului Constatator.

Potrivit Secțiunii 10 din cadrul Susținerii de Caz Amendată 23, Antreprenorul a Investit Tribunalul Arbitral cu mai multe capete de cerere, printre care prelungirea Duratei de Execuție, ținând cont de situația incertă a Secțiunii E și întârzierile în etapa proiectării.

Astfel:

Partea A din Secțiunea 4 a Susținerii Amendate a Cazului este intitulată "Modificări în Acordul de Mediu și posesie întârziată a Secțiunii E".

În par. 4.27 se arată: "cu înculcarea obligațiilor Beneficiarului care decurg din contract și, în temeiul art.1510 și / sau art. 1877 din Codul Civil din România; (...) (b) Beneficiarul nu a determinat Inginerul să emită instrucțiuni pentru o Modificare în conformitate cu Clauza 13 (...) în legătura cu implicațiile AMR, cu excepția investigațiilor suplimentare și a lucrărilor de proiectare de mai sus și (c) Beneficiarul nu a răspuns încă la Propunerea de Modificare nr.3."

Partea B din Secțiunea 4 a Susținerii Amendate a Cazului (Anexa 30) este intitulată "Întârzieri în aprobarea proiectării". Reclamanta argumentează în cadrul acestei părți faptul că parata este răspunzătoare pentru întârzierile privind:

Declarația de proiectare - par. 4.31 -4.34 și 4.41 -4.43

Proiecte Tehnic - par. 4.35 și 4.44- 4.50 Procedura de expropriere - par. 4.51 -4.74

Emiterea cu întârziere a avizelor de către autorități - par. 4.75- 4.88.

Antreprenorul solicită în cadrul procedurii arbitrale prelungirea duratei de execuție potrivit par.4.104 și 4.105A din Susținerea Amendată a Cazului precum și plăți suplimentare detaliate în tabelul de la par.8.1 al Susținerii Amendate a Cazului.

Tribunalul Arbitral este investit așadar cu analiza împrejurărilor de fapt și de drept care probează netemeinicia constatărilor (ii) și (iii) din Capitolul 8 al Documentului Constatator.

În aceste condiții, ținând cont de sentința definitivă a Tribunalului București cu privire la competența și de stadiul înaintat al dosarului arbitral MHM/20727 care urmează să tranșeze cu privire la fondul a doua dintre cele trei "încălțări" din Documentul Constatator, subscrisă arată că în cazul unei soluționări favorabile în cadrul dosarului arbitral, anularea propriu-zisă a Documentului Constatator (tot de către un tribunal arbitral) va fi o simplă formalitate, urmând a se întemeia pe autoritatea de lucru judecat din arbitrajul pendinte. Concluzii

Simpla existența a Documentului Constatator nu poate conduce automat la excluderea ofertei potrivit art. 167 (1) lit. g din legea 98/2016, fiind necesară propria analiză diligentă și imparțială a comisiei de evaluare.

Solicitam comisiei de evaluare:

- sa facă analiza Documentului Constatator mir-o maniera diligenta, Imparțiala si cu respectarea principiului proporționalității.

- sa constate ca nu este îndeplinita niciuna dintre condițiile cumulative prevăzute de art. 167 (1) lit. g din legea 98/2016, iar oferta subscrisei este una fiabila, ceea ce face inaplicabil cazul de excludere facultativa menționat.

- sa aibă in vedere ca participarea Ofertantului SECOL SOCIETATEA EDILOR COSTRUZIONI E LA VORI SA in cadrul asocierii care a avut calitatea de Antreprenor in cadrul Contractului a fost minoritara (10%), acesta având atribuții strict administrative in cadrul executării Contractului.

- să aibă in vedere ca Antreprenorul a exercitat calea de atac fata de Documentul Constatator, majoritatea aspectelor de fond fiind in prezent analizate de tribunalului arbitral ICC in cadrul dosarului MHMI20727 si, pe cale de consecință solicitam comisiei de evaluare sa constate ca oferta subscrisei este una acceptabila și conforma."

In urma analizării răspunsului transmis către Ofertant, Comisia de evaluare a reținut următoarele aspecte relevante, în vederea adoptării unei decizii:

- Comisia este de acord cu susținerile Ofertantului, precum s-a concluzionat in cap 111 din prezenta rubrica, fiind analizata jurisprudența incidența, ca "simpla existenta a Documentului Constatator nu poate conduce automat la excluderea ofertei", ca: "Analiza comisiei de evaluare presupune verificarea condițiilor cumulative prevăzute de art. 167 (1) lit. g din legea 98 / 2016" si respectiv ca "analiza comisiei de evaluare trebuie sa fie făcuta cu respectarea principiului proporționalității";

- Comisia de evaluare a avut in vedere jurisprudența invocata de către Ofertant, respectiv Hotărârea O3.10.2019 in cauza C-267/2018 (analizata in prealabil), fiind astfel însușite principiile de analiza si traseul care trebuie parcurs in vederea adoptării unei decizii;

- Comisia de evaluare, ca urmare a propriei analize, nu a luat in calcul ca situație incidența de aplicare a motivului de excludere prevăzut la art.167 (1) lit. g din legea 98 / 2016 în-cetarea anticipata a contractului, fiind totodată evaluate si justificările aduse de Ofertant in acest sens.

- Comisia de evaluare, ca urmare a propriei analize, nu a luat in calcul ca situație incidența de aplicare a motivului de excludere prevăzut la art.167 (1) lit. g din legea 98 / 2016 caracterul grav al neîndeplinirii obligațiilor, fiind totodată evaluate si justificările aduse de Ofertant in acest sens. Însa, se constata ca cealaltă condiție alternativa prevăzuta de prima teza a antemenționatului articol, respectiv caracterul repetat al încălcării obligațiilor contractuale nu a fost tratata de către Ofertant decât la nivel declarativ (pg. 13 primul paragraf din răspuns), nefiind prezentate argumente sau justificări cu privire la lipsa de incidența a acestei situații. Astfel, conform informațiilor prevăzute la punctul 8.1 din Documentul Constatator nr. 92/21463/28.03.2018, Beneficiarul CNAIR SA i-a solicitat în repetate rânduri Antreprenorului finalizarea lucrărilor in vederea efectuării Recepției Finale la Terminarea Lucrărilor, fără ca acesta din urma sa dea curs solicitării Autorității Contractante, deși termenul de remediere/ finalizare a lucrărilor a fost extins in mod succesiv, iar informațiile comunicate în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificare nu justifica excluderea caracterului repetat al încălcării obligațiilor contractuale.

- Comisia de evaluare nu poate sa-si însușască punctul de vedere al Ofertantului referitor la neîndeplinirea condiției prevăzute de teza a II-a a art. 167 alin. (1) lit. g) (plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile) motivat de faptul ca Antreprenorul nu a achitat niciodată daune interese si nici nu i-au fost aplicate alte sancțiuni comparabile. Conform principiului de drept "Actus interpretandus est potius ut valeat quam ut pereat". legea trebuie interpretata in sensul producerii efectelor ei si nu in sensul neaplicării ei. Astfel, acceptarea interpretării conform căreia pentru a fi îndeplinita condiția aplicării de daune interese este

necesara plata efectiva a penalităților, lipsește textul legai de continui si efecte juridice. Pentru claritate evidențiem cele doua scenarii posibile intr-o atare situație:

1. Ca urmare a neîndeplinirii obligațiilor contractuale de către Antreprenor, Autoritatea Contractanta emite, conform contractului o factura de penalități pe care cel dintâi nu o achita. Conform interpretării prezentate de către Ofertant, nu este îndeplinita condiția pentru excluderea acestuia din procedura întrucât deși emisă, nu a fost achitata efectiv factura de penalități.

2. Ca urmare a neîndeplinirii obligațiilor contractuale de către Antreprenor, Autoritatea Contractanta emite, conform contractului o factura de penalități pe care cei dintâi o plătește. Astfel, devin incidente prevederile art. 171 alin. (1)

- (3) din Legea 98/2016, având drept consecința directă menținerea ofertantului în procedura.

Pupa cum se poate observa, indiferent de scenariu, textul legal, în interpretarea Ofertantului ar produce aceleași efecte juridice, fiind astfel golit de conținut.

- În continuare, având în vedere ca justificările oferite de către Ofertant contravin mențiunilor cuprinse în Documentul Constatator și în Adresa UIP 6 Lugoj Deva nr. 12B/ 12999/ 08.10.2019, referitoare la neîndeplinirea obligațiilor contractuale, Comisia de evaluare a solicitat prin adresa nr. 13B/8266/11.10.2019 (Anexa 7) direcției derulatoare a contractului - Direcția Dezvoltare Autostrăzi și Drumuri Expres - UIP 6 Lugoj Deva: "[...] ca ulterior analizării justificărilor transmise de către Ofertant cu privire la derularea contractului, să ne comunicați dacă se menține punctul de vedere transmis prin adresa nr. 12B/12999/08.10.2019. respectiv: [...] ofertantul, SECOL SOCIETĂȚI EDILCONSTRUZIONI LAVORIS. A., face parte din asocieria mai sus amintită, prin urmare făcându-se responsabil pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale exact cum este detaliat în Documentul Constatator."

În răspuns, derulatorul contractului - Direcția Implementare Proiecte - a informa Comisia de evaluare prin Adresa nr. 17/906/22.10.2019 (Anexa 8) cu privire la faptul că, în urma analizării justificărilor prezentate de către Ofertant, se menține punctul de vedere exprimat prin adresa nr. 12B/12999/08.10.2019.

Din informațiile prezentate de către Ofertant cu privire la Documentul Constatator: "În data de 26.02.2019, Tribunalul București a emis sentința Civilă nr. 48422 prin care a admis excepția necompetenței generale a instanțelor, constatând că competența aparține arbitrajului instituționalizat ICC.

La data emiterii sentinței menționate a Tribunalului București, între Antreprenor și Beneficiar exista pe rolul ICC o dispută inițiată de Antreprenor încă din anul 2014. Așadar, prin hotărârea ce va fi emisă în cadrul dosarului arbitrajului MHM/20 727 urmează a fi tranșate aspectele invocate în cadrul acestuia, impactul urmând a se produce și asupra aspectelor consemnate în cuprinsul Documentului Constatator. [...]

În aceste condiții, ținând cont de sentința definitivă a Tribunalului București cu privire la competența și de stadiul înaintat al dosarului arbitrajului MHM/20727 care urmează să tranșeze cu privire la fondul a doua dintre cele trei "încălcări" din Documentul Constatator, subscrisa arată că în cazul unei soluționări favorabile în cadrul dosarului arbitrajului, anularea propriu-zisă a Documentului Constatator (tot de către un tribunal arbitraj) va fi o simplă formalitate, urmând a se întemeia pe autoritatea de lucru judecat din arbitrajul pendinte."

Comisia de evaluare reține faptul că la momentul actual, Documentul Constatator nu a fost anulat și produce efecte juridice. De asemenea, Comisia de evaluare nu poate fi de acord cu aprecierea Ofertantului că anularea propriu-zisă a Documentului Constatator (tot de către un tribunal arbitraj) va fi o simplă formalitate, întrucât tot acesta informează Comisia cu privire la faptul că dosarul arbitrajului MHM/20727 vizează fondul a doar două dintre cele trei "încălcări" din Documentul Constatator. Prin urmare, anularea Documentului constatator nu se poate efectua doar în baza soluției pronunțate în antemenționatul Dosar arbitraj, care, în orice caz, în prezent este pendinte.

V. CONCLUZII:

Din punct de vedere al îndeplinirii primei condiții prevăzută de teza 1 a articolului 167 alin. (1) lit. g), raportat la informațiile primite din părțile Direcțiilor de specialitate, la informațiile cuprinse în Raportul de emitere a facturii de penalități, la informațiile înscrise în Documentul Constatator și ținând cont totodată și de răspunsul oferit de către Ofertant la solicitarea de clarificări privind Documentul Constatator, Comisia de evaluare considera că nu reiese în mod evident caracterul grav al încălcării obligațiilor contractuale, având în vedere gradul fizic de execuție al tronsonului de autostradă care a făcut obiectul contractului - 95,8%, fiind însă incident caracterul repetat al încălcării obligațiilor contractuale. Astfel, conform informațiilor prevăzute la punctul 8.1 din Documentul Constatator nr. 92/21463/28.03.2018, Beneficiarul CNAIR SA i-a solicitat în repetate rânduri Antreprenorului finalizarea lucrărilor în vederea efectuării Recepției Finale la Terminarea Lucrărilor, fără ca acesta din urmă să dea curs solicitării Autorității Contractante, deși termenul de remediere/finalizare a lucrărilor a fost extins în mod succesiv, iar informațiile comunicate în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificare nu justifică excluderea caracterului repetat al încălcării obligațiilor contractuale.

Cu privire la cea de a doua condiție prevăzută de teza a II-a a art. 167 alin (1) lit. g) (încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile), se constată că aceasta este de asemenea îndeplinită având în vedere următoarele rațiuni: "Natura creanței este răspunderea contractuală, conform unei clauze penale fiind solicitată plata de daune-interese sub forma de penalități de întârziere, conform Sub-clauzei 8.7 Penalități de întârziere/, astfel precum reiese din Factura de penalități nr. 190000033/09.08.2019, precum și din Raportul privind necesitatea și oportunitatea emiterii facturii de penalități nr. 13B/10328/07.08.2019;

- Penalitățile de întârziere se subscriu ultimelor două categorii prevăzute de teza a II-a a art. 167 alin (1), lit. g) din Legea 98/2016, respectiv "plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile". conform celor detaliate în cadrul Cap. II din prezenta rubrică;

- Prin raportare la activitățile neexecutate și ținând totodată cont de cuantumul penalităților, Comisia de evaluare apreciază că sunt suficiente rațiuni care justifică ruperea legăturii de încredere între Autoritatea Contractantă și operatorul economic în cauză;

- Răspunsul oferit de Ofertant la Solicitarea de clarificări, coroborat cu informațiile primite din partea Direcțiilor de specialitate, nu este de natură să demonstreze neîncadrarea în situația de excludere prevăzută de art. 167 alin. (1), lit. g) din Legea nr. 98/2016, sau incidența excepției de menținere în procedura prevăzută de art. 171 din Legea 98/2016. precum s-a detaliat în cadrul Cap. IV din prezenta rubrică.

Astfel, având în vedere rațiunile prezentate, Comisia de evaluare a constatat, conform art.166 alin. (8) din Normele de aplicare a Legii nr. 98/2016, aprobate prin H.G. nr. 395/2016, că sunt îndeplinite în mod cumulativ condițiile prevăzute de art. 167 alin (I), lit. g) din Legea 98/2016, respectiv Ofertantul Asocierii Secol Societă Edile Contruzioni E Lavori SA a încălcat în mod repetat obligațiile contractuale, fapt care a condus la plata de daune-interese sub forma de penalități de întârziere.

Prin urmare, Comisia de evaluare în conformitate cu art. 167 alin. (1), lit. g) și 169 din Legea 98/2016", a declarat în temeiul art. 137 alin. (2) din Normele de aplicare a Legii nr. 98/2016, aprobate prin H.G. nr. 395/2016 Oferta Asocierii Secol Societă Edile Costruzioni E Lavori - Secol România S.R.L. că fiind INACCEPTABILĂ și a procedat la respingerea acesteia pe cale de consecință, în conformitate cu prevederile alin. (1), ale aceluiași articol.

Având în vedere faptul că nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă în sensul prevăzut la alin. (3) al art. 215 din Legea 98/2016, Autoritatea Contractantă a hotărât anularea procedurii în conformitate cu prevederile art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea 98/2016.

VI. NETEMEINICIA CONTESTAȚIEI

Într-o primă fază se constată faptul că operatorul economic nu aduce elemente și/sau justificări suplimentare celor cuprinse în răspunsul la solicitarea de clarificare transmis inițial,

care au fost însușite respectiv respinse parțial precum s-a detaliat mai sus, fiind însă necesară iterarea anumitor aspecte în vederea demonstrării lipsei de temeinicie a Contestației, precum urmează:

> În cadrul cap. I, punctul c. (pg. 4 din Contestație) Contestatoarea Secol motivează că nu sunt îndeplinite condițiile cumulative prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, însă, raportat la argumentația adusă, se impun următoarele precizări:

- Plata efectivă de daune interese nu este o condiție pentru incidența antemenționatului caz de excludere. Astfel, după cum am arătat în cadrul cap. IV din prezenta, întrucât legea trebuie interpretată în sensul producerii efectelor ei și nu în sensul neaplicării ei. Astfel, acceptarea interpretării conform căreia pentru a fi îndeplinită condiția aplicării de daune interese este necesară plata efectivă a penalităților, lipsește textul legii de conținut și efecte juridice.

- Chiar Contestatoarea recunoaște în cuprinsul răspunsului la solicitarea de clarificări că doar două din cele trei subiecte tratate în cadrul Documentului Constatator, urmează a fi tranșate de către Tribunalul arbitral în dosarul nr. MHM/20727.

Mai mult, după cum am detaliat în cadrul cap. 1. din prezenta, în cadrul Dosarului nr. 8311/2/2018-având ca obiect: nulitate act juridic anulare act administrativ - DOC.92/ 21463/ 28/03/2018 Instanța de judecată a respins cererea de chemare în judecată, ca nefiind de competența instanțelor române, soluția fiind definitivă.

De asemenea, raportat la prevederile art. 7 alin. (1) și art. 11 alin. (1) din Legea nr. 554/2004, coroborate cu art. 97 ind. 1 alin. (5) din H.G. 925/2016, se constată că promovarea în momentul de față a unei acțiuni de anulare a documentului constatator este efectuată cu depășirea termenului legal.

Pe aceeași temă, menționăm în legătura cu afirmațiile detaliate la punctul F.2 [20] din Contestație că, în conformitate cu art. 97 ind. 1 alin. (1) lit. d) din HG nr. 925/2006, Autoritatea Contractantă prin emiterea Documentului Constatator a îndeplinit a obligație legală, respectiv: "(1) Autoritatea contractantă are obligația de a emite documente constatatoare care conțin informații referitoare la îndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant și, dacă este cazul, la eventualele prejudicii, după cum urmează:[...]d) pentru contractele de lucrări; în termen de 14 zile de la data încheierii procesului verbal de recepție la terminarea lucrărilor și, suplimentar, în termen de 14 zile de la data încheierii procesului verbal de recepție finală a lucrărilor întocmit la expirarea perioadei de garanție a lucrărilor în cauză."

> Cu privire la susținerile detaliate în cadrul punctului D al Contestației:

În mod eronat Contestatoarea reține că respingerea ofertei depuse s-a făcut strict pe baza identificării Documentului Constatator, având în vedere cele detaliate la cap. I-V din prezenta, în fapt fiind efectuată o analiză detaliată a îndeplinirii tuturor condițiilor prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea 98/2016, în vederea adoptării hotărârii de excludere,

În continuare, deși Contestatoarea reclamează faptul că Autoritatea Contractantă nu a detaliat rațiunile și motivarea excluderii din procedura, se poate observa că aceasta nu a înțeles să facă uz de dreptul sau legal de a cerceta dosarul achiziției în conformitate cu prevederile art. 217 alin. (6) din Legea 98/2016.

> Cu privire la susținerile detaliate în cadrul punctului E al Contestației:

Contestatoarea invocă prevederile Acordului de Asociere modificat prin Actele Adicionale 1-3 prin care a fost redusă cota de asociere de la 20% la 10%, însă omite să analizeze în ce măsură sunt opozabile Autorității Contractante aceste modificări efectuate unilateral de către Asociere.

Astfel, trebuie avut în vedere faptul că Oferta, inclusiv Acordul de asociere reprezintă anexa a Contractului de lucrări, parte integrantă a acestuia, iar cazurile de modificare a contractului sunt exhaustiv prevăzute de Lege și de mecanismele contractuale.

În acest sens, la art. 2 din Acordul Contractual (Anexa 9) a fost prevăzut ca: "Următoarele documente sunt considerate a forma, a fi citite și interpretate ca parte a Contractului, în această ordine de prioritate:

- a) Acordul contractual;
- b) Memorandum de înțelegere
- c) Scrisoarea de Atribuire
- d) Scrisoarea de Oferta
- e) Condițiile Speciale j) Condițiile Generale
- g) Cerințele Beneficiarului
- h) Graficele și
- i) Propunerea Antreprenorului și orice alte documente ce reprezintă o parte integrantă a Contractului".

În aceste condiții, Contractul de lucrări nr. 92/69425/18.10.2013 (anexat), a fost modificat prin Actele Adicionale nr. 1, 2 și 3 (Anexa 10), niciunul dintre acestea având ca obiect modificarea Acordului de Asociere.

De asemenea, trebuie subliniat faptul că tocmai argumentul utilizat de operatorul economic drept laitmotiv al Contestației care poate fi tradus prin sintagma "cine nu muncește nu greșește" reprezintă un motiv suplimentar de îngrijorare al Autorității Contractante, de natură să rupă legătura de încredere între Antreprenor și Beneficiar, având în vedere că justificarea în cauză se bazează pe:

- încercarea de modificare unilaterală a condițiilor în care a fost atribuit Contractul de lucrări;
- tendința de diminuare a contribuției proprii la buna desfășurare a contractului;
- evitarea asumării răspunderii și a unei posturi proactive pentru buna implementare a contractului.

Suplimentar, prevederile Acordului Contractual și ale Condițiilor speciale care folosesc în tot cuprinsul acestora noțiunea de Antreprenor, inclusiv când sunt detaliate obligațiile, răspunderea, penalitățile etc., fără a detalia și atribui o anumită sarcină în seama unui asociat sau altuia, presupun o răspundere contractuală solidară. De asemenea, conform art. 1.14 din Condițiile speciale, la alin. (1) se stipulează că: "Dacă Antreprenorul constituie (potrivit prevederilor Legilor în vigoare) o asociere, un consorțiu sau o altă grupare de două sau mai multe persoane:

a) aceste persoane vor fi considerate ca având obligații comune și individuale față de Beneficiar pentru executarea Contractului; [...]

c) Antreprenorul nu își va modifica componenta sau statul legal fără aprobare prealabilă a Beneficiarului."

Nu în ultimul rând, conform art. 6 - Responsabilitatea în executarea lucrărilor din Acordul de Asociere: "Fiecare Parte va fi responsabilă, în mod exclusiv, pentru lucrările ce țin de propria competență și aceasta atât sub aspectul tehnic-economic, cât și din punctul de vedere al siguranței în muncă, în strictă conformitate cu legislația locală în materie, păstrându-se totodată responsabilitatea solidară a Partilor în fața Beneficiarului."

> Cu privire la susținerile detaliate în cadrul cap. II, al Contestației:

În continuare Contestația încearcă să justifice lipsa de incidență a cazului de excludere prin cota "extrem de redusă deținută în Asociere" însă, după cum am arătat mai sus, modificarea unilaterală a cotei nu înlătură răspunderea solidară a Asociaților și, în orice caz, nici 20 sau 10 procente nu reprezintă o cotă insignifiantă, precum dorește operatorul economic să o prezinte.

Precum am menționat, simpla decizie de reducere a implicării sale în contract, care este utilizată drept argument de menținere în procedură, ridică îndoieli serioase cu privire la fiabilitatea operatorului economic în condițiile în care nu poate fi exclusă situația că, în cazul unei participări conform cotei inițiale, Contractul de lucrări ar fi putut avea un alt parcurs.

Operatorul economic prezintă extrase de lege și jurisprudență, însă, ca și în cadrul răspunsului oferit la solicitarea de clarificări, acesta abordează cu precădere doar situația abaterilor grave, neoferind o argumentație temeinică, în afara simplor afirmații, cu privire la caracterul repetat al abaterilor.

De asemenea, oferă repetate exemple în care instanțele naționale sau străine stabilesc ca identificarea Documentului Constatator negativ nu conduce la excluderea automată a operatorului economic din procedura de atribuire. Însă, Comisia de evaluare a avut în vedere acest aspect, a parcurs toate etapele de clarificare a acestui aspect, decizia de excludere fiind adoptată în cunoștința de cauză, în mod temeinic și legal. În acest sens, cu privire la informațiile oferite la punctul [27] din Contestație, trebuie menționat un aspect deosebit de important, și anume, spre deosebire de situațiile prezentate cu titlu de jurisprudență, în speța de față Autoritatea Contractantă emitentă a Documentului Constatator, este una și aceeași cu cea care derulează procedura de atribuire.

> Cu privire la susținerile detaliate în cadrul cap. III, al Contestației:

Contestatoarea susține în mod fals (punctul [30] din Contestație) ca "la data completării DUAE, Documentul Constatator era deja contestat, soluția Tribunalului arbitrai fiind iminentă", în condițiile în care chiar acesta recunoaște în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificări ca obiectul dosarului arbitrai se referă numai la două dintre cele trei categorii de abateri prevăzute în Documentul Constatator.

În cadrul punctului [33] Contestatoarea afirmă ca solicitările repetate ale Beneficiarului nu echivalează cu încălcări repetate din partea Secol, însă nu aceasta a fost premisa luată în calcul de către Comisia de evaluare cu ocazia analizării incidenței cazului de excludere. Comisia de evaluare a avut astfel în vedere atât amănările succesive de finalizare a lucrărilor cauzate de conduita Asocierii cât și multiplele neconformități necesare a fi remediate, care reprezintă încălcări repetate ale obligațiilor contractuale.

În ceea ce privește argumentația detaliată în cadrul punctului B.2, după cum se poate observa din analiza Proceselor verbale încheiate de către Comisia de evaluare, aceasta nu a avut în vedere condiția încetării anticipate a contractului și tezele referitoare la daune interese sau sancțiuni similare.

În cadrul punctului [37], Contestatoarea reexpune teoria conform căreia pentru îndeplinirea condiției prevăzute de teza a II-a a art. 167 alin. (1) lit. g) este necesară plata efectivă a penalităților, însă, după cum am arătat la cap. IV din prezenta, o asemenea interpretare ar golii de efecte juridice textul legal. După cum am arătat, izvorul juridic al daunelor interese este răspunderea contractuală, întinderea prejudiciului în cazul penalităților a fost prestabilită prin acordul de voință al părților și consemnat în cadrul Raportului de emisie a facturii de penalități, reprezentând aproximativ 84 de milioane de lei (15% din valoarea Contractului de lucrări).

Cu privire la punctul [38] din Contestație, menționez faptul că nu este necesară menționarea prejudiciului în cadrul Documentului Constatator, acesta nereprezentând o condiție pentru incidența motivului de excludere, ci doar o modalitate de publicitate referitoare la conduita operatorilor economici și modul de îndeplinire a obligațiilor contractuale.

Contestatoarea susține în mod fals că (punctele [41 -43] din Contestație) Autoritatea Contractantă a obstrucționat posibilitatea de a contesta în mod eficient rezultatul procedurii, în lipsa prezentării efective a rațiunilor care au fundamentat-o, însă după cum am detaliat mai sus, ținând seama de faptul că Secol a ales să nu facă uz de dreptul său legal de a cerceta dosarul achiziției, în conformitate cu prevederile art. 217 alin. (6) din Legea 98/2016, care ar fi permis o informare corectă și completă asupra tuturor aspectelor avute în vedere de către Comisia de evaluare în vederea adoptării deciziei de excludere a ofertantului din cadrul procedurii de atribuire.

Referitor la punctul E din cadrul cap. III al Contestației, menționez faptul că, în adevăr, scopul final al Autorității Contractante este dat de atribuire contractelor, întregul mod

de desfășurare a procedurii, formularea solicitărilor de clarificare precum și diligentele de informare ale Comisiei de Evaluare, toate fiind efectuate în vederea îndeplinirii acestei finalități. Însă, tocmai în vederea respectării principiului economicității și cheltuirii eficiente a fondurilor publice, Autoritatea Contractantă are obligația și răspunderea de respingere a ofertelor în privința cărora este incidentă un anumit caz legal de excludere din procedura, chiar și în detrimentul atingerii scopului final al procedurii de atribuire - încheierea contractului.

ÎN CONCLUZIE, pentru motivele prezentate mai sus, pârâta solicită ca, prin Hotărârea ce se va pronunța, să dispuneți în principal, admiterea excepțiilor invocate de subscrisa, iar în cazul în care vor fi considerate neîntemeiate, în subsidiar, respingerea Contestației formulată de Contestatoarea S.C. Asocieria SECOL SOCIETATE EDILE COSTRUZIONI E LAVORI ~ SECOL ROMÂNIA SRL ca fiind nefondată și neîntemeiată.

În drept întâmpinarea a fost întemeiată pe dispozițiile art. 31 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, coroborat cu prevederile art. 205, alin. 2 din Codul de procedură civilă.

Din analiza actelor și lucrărilor dosarului, instanța reține ca :

La data de 22.05.2019, parata CNAIR a publicat în SEAP Anunțul de participare nr. CN1011402 pentru organizarea Procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, având ca obiect „Construcția Variantei de Ocolire Târgu Jiu - Finalizare Lucrări”. Valoarea estimată totală a contractului este cuprinsă în intervalul dintre 207.096.195,90 și 210.607.395,80 lei³. Criteriul de atribuire este cel mai bun raport calitate - preț.

La data de 18.06.2019 conform filelor 38 -190 vol.IV, doar reclamanta Secol Societate Edile Costruzioni e Lavori SA a depus oferta de participare la aceasta procedura.

Prin adresa nr.92/77806/6.11.2019 depusa la fila 79 vol.II, parata CNAIR a înștiințat reclamanta ca în urma finalizării procedurii de evaluare, oferta depusa de ea a fost respinsă în baza art.167 alin.1 lit.g și art. 169 din legea 98/2016 ca inacceptabilă și în baza art.212 alin.1 lit.a din legea 98/2016 va fi anulată procedura pentru lipsa altei oferte.

În motivarea acestei decizii, se arată ca aceasta decizie a fost luată ca urmare a identificării de către Comisia de evaluare Documentului constatator nr. 92/21463/28. 03. 2018 emis de către CNAIR în cadrul Contractului „Proiectare și execuție Autostrada Lugoj-Deva, Lot 2” reținând ca sunt îndeplinite atât caracterul repetat al încălcării în mod grav a obligațiilor principale ce revineau cât și faptul ca aceasta a fost obligată la daune interese în executarea acelui contract. Se arată ca deși reclamanta a răspuns la clarificările solicitate de parata, aceasta a apreciat prin Comisia de evaluare ca din informațiile reieșite din pct.8.1 din Documentului constatator nr. 92/21463/28.03.20185 se reține ca în mod repetat a fost pusă în întârziere reclamanta de autoritatea contractuală pentru executarea obligațiilor și ca pentru reclamanta ca și membru al asocierii a fost emisă factura de penalitate.

Instanța reține în primul rând ca la dosarul achiziției depus de către parata conform art.13 din legea 554/2004 nu exista dovada emiterii vreunui raport preliminar sau proces verbal al ședinței comisiei de evaluare a paratei ci doar aceasta adresa de înștiințare a rezultatului procedurii de evaluare după solitare de clarificări, contrar art. 64 din HG nr.395/2016. Astfel deși s-au depus 10 vol. Fizice, acestea cuprind doar caietul de sarcini și oferta depusa de către reclamanta, neexistând nici un proces verbal al Comisiei de evaluare după transmiterea de clarificări de către reclamanta cu privire la declararea ofertei reclamantei ca inacceptabilă și nici raportul final de declarare ca anulată a procedurii pentru lipsa de oferte.

Instanța constată ca în speța sunt aplicabile următoarele dispoziții legale din legea 98/2016 și HG nr.395/2016.

Conform legii 98/2016 se prevede ca „SECȚIUNEA a 6-a

Criterii de calificare și selecție

Paragraful 1

Aplicarea criteriilor de calificare și selecție

Art. 163. - Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai criteriile de calificare și selecție referitoare la:

- a) motive de excludere a candidatului/ofertantului;
- b) capacitatea candidatului/ofertantului.

Paragraful 2

Motive de excludere a candidatului/ofertantului

Art. 167. - (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 revineau 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;

(8) 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 improprie utilizării conform destinației prevăzute în contract.

Art. 169. - Autoritatea contractantă exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire în care ia la cunoștință că operatorul economic se află, având în vedere acțiunile sau inacțiunile săvârșite înainte sau în cursul procedurii, în una dintre situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire.”

Art. 211. - Procedura de atribuire se finalizează prin:

- a) încheierea contractului de achiziție publică/acordului-cadru; sau
- b) anularea procedurii de atribuire.

Art. 212. - (1) Autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru în următoarele cazuri:

a) dacă nu a fost depusă nicio ofertă/solicitare de participare sau dacă nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă;

Art. 213. - (1) Autoritatea contractantă are dreptul de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru în situațiile prevăzute la art. 78 alin. (8), art. 82 alin. (8), art. 88 alin. (8) și art. 97 alin. (8).

(2) Autoritatea contractantă are obligația de a face publică decizia de anulare a procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru, însoțită de justificarea anulării procedurii de atribuire, prin intermediul platformei electronice prevăzute la art. 150 alin. (1), în termen de 3 zile de la adoptarea deciziei de anulare.

Art. 214. - (1) Autoritatea contractantă are obligația de a transmite ofertantului declarat câștigător o comunicare privind acceptarea ofertei sale, prin care își manifestă acordul de a încheia contractul de achiziție publică/acordul-cadru.

(3) Autoritatea contractantă întocmește raportul procedurii într-un termen care să nu depășească:

- a) 60 de zile lucrătoare, pentru procedurile prevăzute la art. 68 alin. (1) lit. a), b), e) și g), de la data-limită de depunere a ofertelor/ofertelor inițiale/proiectelor;
- b) 20 de zile lucrătoare, pentru procedurile prevăzute la art. 68 alin. (1) lit. f) și i), de la data-limită de depunere a ofertelor;
- c) 100 de zile lucrătoare, pentru procedurile prevăzute la art. 68 alin. (1) lit. c) și d), de la data-limită de depunere a ofertelor”

HG nr.395/2016 privind NM de aplicare a legii 98/2016 prevede ca „**Art. 137. - (1)** Comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și neconforme.

(2) În condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații:

b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAЕ în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă;

Art. 146. - (1) În situația în care autoritatea contractantă anulează procedura de atribuire, în condițiile art. 212 sau 213 din Lege, aceasta are obligația de a comunica în scris tuturor participanților la procedura de atribuire, în cel mult 3 zile de la data anulării, motivul care a determinat decizia de anulare, precum și încetarea obligațiilor asumate de ofertanți prin depunerea ofertelor sau a solicitărilor de participare.

Art. 166. - (1) Autoritatea contractantă are obligația de a emite documente constatatoare care conțin informații referitoare la îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, la eventualele prejudicii, după cum urmează:

e) pentru contractele de lucrări atribuite printr-o procedură de atribuire: în termen de 14 zile de la data încheierii procesului-verbal de recepție la terminarea lucrărilor și, suplimentar, în termen de 14 zile de la data încheierii procesului-verbal de recepție finală a lucrărilor, întocmit la expirarea perioadei de garanție a lucrărilor în cauză.

(2) În situația prevăzută la art. 144 alin. (1), documentul constatator se emite în termen de 14 zile de la data la care ar fi trebuit încheiat contractul de achiziție public/acordul-cadru, dacă ofertantul nu ar fi refuzat semnarea acestuia, sau de la data de la care a fost reziliat acesta, în cazul în care există contract semnat.

(3) Autoritatea contractantă are următoarele obligații:

a) să elibereze un exemplar al documentului constatator contractantului;

b) să păstreze un exemplar la dosarul achiziției publice.

(8) Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege.”

În speța, instanța constata ca parata CNAIR a declarat oferta reclamantei ca inacceptabila raportat la prev.art.167 alin.1 lit.g din legea 98/2016 si la existenta Documentului constatator nr. 92/21463/28.03.20185 emis de către CNAIR în cadrul Contractului „Proiectare și execuție Autostrada Lugoj-Deva, Lot 2”

În primul rând , instanța retine raportat la acest document avut in vedere de catre Comisia de evaluare a paratei, ca prin acordul de asociere autentificat cu nr.861/24.09.2013 la BNP Popa Radulescu si asociații din București depus în vol.I, reclamanta s-a asociat cu SC Salini S.p.A (actualmente SALINI IMPREGILO S.P.A) în vederea participării la licitația deschisa desfășurata de parata pentru atribuirea contractului „Proiectare și Execuție Autostrada Lugoj - Deva Lot 2 km. 27+620-km. 56+220”.

Parata CNAIR a semnat împreuna cu liderul de asociere SC Salini S.p.A, Contractul nr. 92/69425/18.03.2013 având ca obiect „Proiectare și execuție autostrada Lugoj—Deva — Lot 2 km 27+620 — km 56+220”

Prin documentului constatator nr. 92/21463/28.03.2018 depus la filele 64-74 vol.I dosar, emis în baza art.166 din HG nr.395/2016 parata CNAIR a constatat ca nu au fost îndeplinite corespunzător obligațiile asumate de membrii asocierii deoarece:

- Numeroase rapoarte de neconformitate în perioada de execuție a lucrărilor, rapoarte de neconformitate nesoluționate la momentul solicitării/efectuării recepției la terminarea lucrărilor;
- Neîndeplinirea obligațiilor privind relocarea rețelelor de utilități în vederea execuției lucrărilor de construcție aferente secțiunii D;
- Întârziere în obținerea autorizației de construire pe secțiunile A-D.

Se arata în același document ca recepția lucrărilor a fost realizata pe secțiunile de autostrada A_C iar la secțiunea D a fost emis procesul verbal de terminarea lucrărilor

nr.34/3.-03.2017 cu diferite obiecțiuni iar pentru secțiunea E a fost emis Decizie de încetare parțială a contractului.

De asemenea se reține ca la pct.8.2-eventualele litigii și modul de soluționare a acestora se indica ca fost emisa decizia CAD nr.1 în favoarea beneficiarului care a dus la încetarea parțială a contractului pentru secțiunea E și dosarul arbitral ICC 20727/MHM din 22.12.2014 și la pct.8.3 se indica ca nu a fost reziliat contractul. La pct.8.4 din același act se indica ca CNAIR a notificat asocierea cu privire la solicitarea ulterioară de despăgubiri, în acest sens fiind emisa factura de penalități nr. 190000033/09.08.2019 de către parata, după un an și jumătate de la emiterea documentului constatator nr. 92/21463/28.03.2018.

Instanța constat raportat la acest act care a fost apreciat de către Comisia de evaluare ca fiind act ce dovedește atât condiția încălcării în mod grav sau repetat a obligațiilor principale a reclamantei ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice cât și ca aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile, respectiv ca acest document constatator a fost emis înainte de terminarea executării Contractul nr. 92/69425/ 18. 03. 2013 având ca obiect „Proiectare și execuție autostrada Lugoj—Deva — Lot 2 km 27+620 — km 56+220” așa cum rezulta din hotărârea arbitrală pronunțat în 30.03.2020 în cadrul dosarului arbitral ICC 20727/MHM din 22.12.2014 al Curții de Arbitraj Internațională din Paris depusa la filele 40- 126 vol. XIV din care rezulta ca „acest contract încă este în vigoare”, ca „pretinsa încetare parțială a contractului de către parată cu privire la secțiunea E a fost abuzivă și nelegală”, „declara ca reclamanta nu trebuie să plătească paratei daune de întârziere sau penalități” și a obligat parata CNAIR la plata de daune-interese către Asociera SC Salini S.p.A și reclamanta.

În acest sens, instanța constata ca acest înscris respectiv documentului constatator nr. 92/21463/28.03.2018 cât și factura de penalități nr. 190000033/09.08.2019 emise de parata, au fost desființate definitiv de către Curtea de Arbitraj Internațională din Paris prin hotărârea din dosarul arbitral ICC 20727/MHM din 22.12.2014, astfel ca nu mai exista temeiul de drept avut în vedere de către Comisia de evaluare, respectiv nu mai exista înscris din care să rezulte îndeplinirea condițiilor prev. de art.167 alin.1 lit.g din legea 98/2016.

Susținerea paratei ca prin hotărârea arbitrală nu ar duce la desființarea documentului constatator indicat deoarece în cadrul dosarului arbitral ICC 20727/MHM din 22.12.2014 nu s-ar fi pus în discuție acest act și nici factura de penalități, instanța constat ca acest fapt este contrazis pe de o parte de dovada depusa de reclamanta la fila 146 vol I în care sunt indicate precizările de acțiune formulate de aceasta în cadrul dosarului arbitral ICC 20727/MHM din 22.12.2014 al Curții de Arbitraj Internațională din Paris.

Pe de altă parte, în dispozitivul hotărârii arbitrale din 30.03.2020 Curtea de Arbitraj Internațională din Paris indica clar atât faptul ca între parti nu a încetat valabilitatea Contractului nr. 92/69425/ 18. 03. 2013 având ca obiect „Proiectare și execuție autostrada Lugoj—Deva — Lot 2 km 27+620 — km 56+220” iar pe de altă parte se indica de asemenea clar ca reclamanta nu datorează paratei despăgubiri, ci ca asocierea are dreptul la prelungirea duratei contractului cu 470 de zile și ca acesteia trebuie să i se achite de către parata despăgubiri pentru întârziere în executarea obligațiilor principale de către aceasta în cadrul aceluși dosar.

În acest sens, cum aceste aspecte au autoritate de putere de lucru judecă, instanța constata ca decizia paratei de excludere a reclamantei de la procedura de atribuire, prin licitație deschisă, având ca obiect „Construcția Variantei de Ocolire Târgu Jiu - Finalizare Lucrări” este nelegală, motiv pentru care instanța va dispune în baza art. 1 și 18 din legea 554/2004 raportat la art.50 din legea 101/2016 și art.167 din legea 98/2016 va dispune anularea adresei CNAIR nr. 92/77806/6.11.2019 privind comunicarea rezultatului Procedurii de atribuire prin care oferta reclamantei a fost respinsă ca inacceptabilă și procedura de atribuire a fost anulată, și pe cale de consecință va dispune autorității contractante continuarea procedurii de la acest moment respectiv de la reevaluarea ofertelor depuse.

Cu privire la capătul de acțiune privind suspendarea efectelor acestei adrese, instanța constata ca a rămas fără obiect atât timp cat ea a fost anulata la aceasta data iar pe cale de consecință si excepțiile privind inadmisibilitatea si respectiv lipsa de interes au rămas fără obiect.

Instanța retine ca adresa nr.92/77806/6.11.2019 emisa de parata CNAIR este act administrativ emis de parata in executarea legii 98/2016, care produce drepturi si obligații in sarcina ambelor părți astfel ca nu poate fi reținuta apărarea paratei ca aceasta decizie luata de către ea (deși trebuia emis proces verbal de comisie de evaluare si nu o simpla adresa), nu este act administrativ atât timp cat întrunește condițiile prev. de art.3 lit. a din legea 101/2016 si art.2 alin.1 lit.c din legea 554/2004.

**PENTRU ACESTE MOTIVE,
ÎN NUMELE LEGII
HOTĂRĂȘTE**

Respinge excepțiile lipsei de interes si a inadmisibilității petitelui 3 de acțiune, ca rămas fără obiect.

Admite acțiunea în parte privind pe reclamanta **SECOL SOCIETATE EDILE COSTRUZIONI E LAVORI SA**, cu sediul ales în București, str. Doctor Dimitrie Drăghiescu, nr. 11, sector 5 în contradictoriu cu pârâta **COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA**, cu sediul în București, sector 1, B-dul Dinicu Golescu nr. 38.

Dispunere anulara adresei nr.92/77806/6.11.2019 emisa de parata CNAIR.

Obliga parata la reluarea procedurii de atribuire, prin licitație deschisa, a contractului având ca obiect „ Construcția Variantei de ocolire TG Jiu - Finalizare lucrări” publicata in SEAP cu nr. CN 1011402/22.05.2019 de la momentul reevaluării ofertelor .

Respinge capătul de acțiune privind suspendarea efectelor adresei atacate , ca rămasa fără obiect.

Cu recurs in 15 zile de la comunicare care se va depune la Tribunalul București-secția CAF.

Pronunțată azi, 3.06.2020, prin punerea soluției la dispoziția părților de către grefa instanței.



Grefier ,
Liliana Magdalena
Curelea

Red. L.P./