

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 22006/29.04.2022, formulată de SC SRL, cu sediul în, jud. ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ..., CUI RO ..., reprezentată legal de ... - administrator, împotriva raportului procedurii de atribuire nr. ..., emis de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, pe loturi, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Furnizare alimente”, anunț participare nr. CN .../10.03.2022, pentru lotul nr. 14 – „Roșii în bulion 400 g”, s-a solicitat anularea, în parte, a raportului procedurii, în privința lotului nr. 14, obligarea autorității contractante la excluderea de la procedură a participantului SC ... SRL și desemnarea unor noi câștigători, dintre cei care îndeplinesc condițiile legale.

**CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:**

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația formulată SC ... SRL prin care solicită: anularea în parte a raportului procedurii, în ceea ce privește lotul nr. 14, obligarea autorității contractante la excluderea de la procedură a participantului SC ... SRL, întrucât acest ofertant care află sub incidența unor motive de excludere și la desemnarea unor noi câștigători, dintre cei care îndeplinesc condițiile legale.

Cu titlu preliminar, contestatoarea arată că, în urma aplicării criteriului de atribuire prețul cel mai scăzut, ofertele câștigătoare pentru acest lot au fost: locul 1 - SC ... SRL, locul 2 - SC ... SRL și locul 3 - SC Olymel Flamingo Food SRL.

Aceasta consideră că desemnarea SC ... SRL printre cei care au depus oferte conforme este nelegală, întrucât acest ofertant se află sub incidența motivelor de excludere prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. h) și i) din Legea nr. 98/2016, prin declararea unor aspecte nereale/incomplete cu ocazia completării DUAЕ.

Exemplificând, petenta arată că partea a III-a a documentului DUAЕ este dedicată motivelor de excludere, iar unul din aceste motive se referă la încetarea anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile, întrebarea fiind formulată după cum urmează: *„Operatorul economic s-a aflat într-o situație în care un contract de achiziții publice anterior, un contract anterior încheiat cu o entitate contractantă sau un alt contract de concesiune anterior a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni comparabile în legătura cu respectivul contract anterior”*, iar ofertantul a răspuns *NU*, deși avea înregistrate situații de rezilieri anterioare, respectiv:

- Potrivit Documentului constatator nr. Ag 845/20.05.2019, emis de U.M., SC ... SRL a fost semnatarul acordului-cadru nr. 7/14.03.2017 și a contractului subsecvent nr. 134/08.02.2019. Prin două adrese din 24.04.2019, comerciantul a transmis achizitorului hotărârea sa de a nu mai livra produsele aferente loturilor nr. 8, nr. 29 și nr. 30, motiv pentru care autoritatea contractantă a procedat la rezilierea atât a acordului-cadru, cât și a contractului subsecvent, iar despre reziliere s-a menționat în SEAP;

- Potrivit Documentului constatator nr. 137151/08.12.2020, emis de ... (Anexa nr. 4), SC ... SRL a fost semnatar al Contractului de furnizare nr. 132682/30.10.2020, calitate în care nu și-a îndeplinit obligațiile asumate, conform comenzilor și necesităților autorității contractante, astfel că s-a procedat la rezilierea contractului;

- Potrivit Documentului constatator nr. 125662/01.09.2021 emis de ..., SC ... SRL a fost semnatarul acordului-cadru de furnizare nr. 115399/25.05.2021, calitate în care nu și-a îndeplinit obligațiile asumate, în sensul că nu a onorat decât primul contract subsecvent, pentru următorul nemaiputându-și menține prețul ofertat inițial în procedură. Acest lucru a dus la rezilierea contractului și organizarea unei noi proceduri de licitație.

Contestatoarea reiterează că ofertanții au obligația de a declara în DUAЕ toate încetările anticipate anterioare, urmând ca, în funcție de toate particularitățile acestora, autoritatea contractantă să poată decide dacă aceștia se află sau nu sub incidența motivului de excludere de la art. 167 lit. g) din Legea 98/2016, existența sau nu a cazului de excludere fiind prerogativa autorității contractante. Aceasta trebuie să facă propriul examen al circumstanțelor care au dus la rezilierile anterioare, în scopul de a verifica dacă acestea atrag îndeplinirea cumulativă a cerințelor prevăzute de lit. g) menționată anterior, iar în

caz afirmativ, dacă explicațiile oferite în rubrica dedicată din DUAЕ sunt pertinente și demonstrează credibilitatea ofertantului, a cărui participare în procedură este menținută.

Totodată menționează că, din punct de vedere tehnic, în situația în care un ofertant completează câmpul corespunzător răspunsului DA la întrebarea referitoare la rezilierile anterioare, DUAЕ generează automat un alt câmp în care ofertantul poate oferi explicații autorității contractante, astfel încât aceasta, în temeiul art. 171 din Legea nr. 98/2016 să facă propriul examen al incidenței cazului de excludere.

Astfel, pe baza celor prezentate cu ocazia explicațiilor, autoritatea ar putea considera:

- fie că nu sunt întrunite cerințele cumulative ale cazului de excludere, prevăzut de lit. g) a art. 167 alin. 1;

- fie că, deși acestea sunt întrunite, ofertantul a luat măsuri prin care își demonstrează în mod concret credibilitatea, astfel că nu va dispune excluderea acestuia;

- fie că sunt întrunite condițiile cazului de excludere și explicațiile furnizate nu sunt suficient de convingătoare, astfel că ia decizia excluderii ofertantului respectiv.

În prezenta speță, contestatoarea arată că ofertantul contestat a ales să completeze cu NU, ascunzând informații față de autoritatea contractantă, care a fost pusă astfel în situația de a nu putea aprecia asupra incidenței eventualului motiv de excludere arătat mai sus.

În opinia sa, gravitatea sporită a acestui motiv de excludere (care operează independent de cel de la oricare altă literă a articolului) rezidă în reaua-credință a ofertantului, care a acționat în vederea inducerii în eroare a autorității contractante.

Contestatoarea mai menționează și că modul de elaborare a DUAЕ nu a fost contestat de participanții la procedură, aceștia acceptând condițiile impuse de autoritatea contractantă.

De asemenea, solicită Consiliului să aibă în vedere și dispozițiile art. 137 din HG nr. 395/2016, potrivit cărora comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și neconforme, iar nedeclararea rezilierii anterioare are valoarea unei declarații în fals sau a neprezentării informațiilor, fapte la care se referă art. 167 alin. (1) lit. h) și i).

În susținerea afirmațiilor anterioare petenta citează din Decizia nr. 386/R/2020 din 09 iulie 2020 a Curții de Apel ...: *„În această etapă a procedurii, în care DUAЕ a fost deja completat, autoritatea contractantă nu mai poate să își exercite dreptul de a solicita clarificări, după cum nici ofertantul nu își mai poate exercita dreptul de a oferi explicațiile la care se referă art. 171.* Opinia sa este că dacă s-ar considera altfel, ar însemna să lase nesancționat tocmai faptul ascunderii potențialului caz de excludere, ceea ce ar constitui un precedent periculos, lăsând liberă

calea ca alți ofertanți, în cadrul altor proceduri, să considere că declararea în fals/incompletă nu produce nicio consecință legală.

În continuare, petenta arată că, potrivit dispozițiilor art. 169 din Legea nr. 98/2016, 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, iar dispozițiile legii sunt formulate la modul imperativ, excluderea fiind sancțiunea care trebuie să intervină în cazul incidenței vreuneia dintre ipotezele legale.

În susținerea argumentelor prezent Curtea de Apel ... - ate mai sus, contestatoarea invocă practica judiciară relevantă: Decizia CNSC nr. 1111/C9/1177 din 09.07.2019, Decizia nr. 1564/27.11.2019 a Curții de Apel ..., Decizia CNSC nr. 19/C9/2726 din data de 07.01.2020, Decizia nr. 1492/R/2018 a Curții de Apel ..., Decizia civilă nr. 386/R/2020 din 09 iulie 2020 a Curții de Apel ..., Decizia CNSC nr. 1658/C1/1685/25.09.2019 (unul dintre ofertanții contestați în acel litgiu fiind SC ... SRL).

Contestatoarea solicită observarea faptului că SC ... SRL a fost sancționată anterior pentru același motiv ca cel din prezenta speță, oferind în continuare informații false în cuprinsul DUAЕ, dovedind o desconsiderare atât față de dispozițiile legale, cât și față de deciziile definitive ale Consiliului.

De asemenea, arată că prin Decizia nr. ..., CNSC a admis o contestație pe care a formulat-o pentru motive similare cu cele din prezenta speță, dispunând anularea în parte a raportului procedurii și constatând incidența motivelor de excludere invocate și în prezenta speță.

Unul dintre ofertanții contestați în acel litgiu a fost Doiman Com SRL, în legătură cu care s-a reținut omisiunea de a menționa una dintre rezilierile anterioare, *situatie în care, comisia de evaluare avea obligația impusă de textul de lege de a dispune excluderea acestora din procedura*, sancțiune ce intervine automat, la momentul la care se constată intervenite condițiile impuse de textul de lege, dat fiind că această reglementare are ca finalitate să protejeze integritatea procedurii de achiziții publice (Hotărâre pronunțată de CJUE în cauza C-178/16).

... a formulat punct de vedere, transmis cu adresa nr. 05659/10.05.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 23836/10.05.2022, prin care învederează că în data de 09.05.2022 a suspendat mai multe loturi, inclusiv lotul contestat.

În ceea ce privește contestația formulată de SC ... SRL, autoritatea contractantă solicită Consiliului să fie de acord cu semnarea acordurilor

cadru unde societatea ... SRL nu se situează pe primul loc, precum și cu reluarea evaluării DUAE la loturile la care această societate a depus ofertă.

În replică, contestatoarea a formulat răspuns la punctul de vedere al autorității contractante, transmis cu adresa nr. 101/10.05.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 24119/11.05.2022, în care precizează că acțiunea promovată vizează anularea, în parte, a raportului procedurii, respectiv pentru lotul 14, celelalte loturi la care face referire autoritatea contractantă fiind străine cauzei.

În ceea ce privește lotul nr. 14, consideră că acordul-cadru nu se poate încheia decât după soluționarea prezentei contestații, în acord cu dispozițiile art. 58 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 101/2016.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură de atribuire, prin licitație deschisă, pe loturi, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Furnizare alimente”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN .../10.03.2022.

Valoarea estimată a întregului acord-cadru este cuprinsă între 80.457 și 1.930.968 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”.

Conform procesului-verbal al ședinței de vizualizare a ofertelor nr. C03932/14.04.2022, pentru lotul 14 – „Roșii în bulion 400 g” au depus oferte 6 operatori economici, printre care și contestatoarea SC ... SRL.

Potrivit raportului procedurii nr. INBI - 05244/28.04.2022, oferta depusă de SC ... SRL pentru lotul 14 s-a clasat pe locul 2, cu un preț de 85.176 lei fără TVA, iar pe locul 1 s-a clasat oferta depusă de SC ... SRL, cu prețul de 70.200 lei fără TVA.

Împotriva acestui rezultat, SC ... SRL a formulat prezenta contestație, criticând oferta clasată pe locul 1.

După depunerea contestației, SC ... SRL a transmis dovada constituirii cauțiunii, conform art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, actualizată, în cuantum de ... lei, prin consemnarea la CEC Bank – Unitatea Victoriei a sumei respective, conform recipisei de consemnare nr. ..., suma fiind consemnată la dispoziția Consiliului pentru contestația formulată împotriva procedurii nr. CN.../10.03.2022 - lotul 14 – „Roșii în bulion 400 g”.

Cauțiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016.

Prin contestația care face obiectul prezentei, SC ... SRL este nemulțumit de modalitatea în care a evaluat autoritatea contractantă oferta depusă în cadrul lotului nr. 14 – „Roșii în bulion 400 g”, de

oferantul SC ... SRL, despre care susține că se face vinovat de declararea unor aspecte/nereale în DUAЕ, respectiv de faptul că a omis să declare contractele de achiziții publice încheiate anterior în care respectivul operator economic și-au încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Având în vedere criticile din contestația formulată de SC ... SRL, Consiliul reține că, la secțiunea „III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau oferantului” din fișa de date, autoritatea contractantă a formulat următoarea cerință minimă de calificare:

„Cerința 1: Oferanții/asociații/terții susținători/subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, 165, 167 din Legea nr. 98/2016.

Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței:

a) Oferanții vor completa, direct în SEAP, cu informațiile aferente situației lor, fișierul DUAЕ publicat de autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire;

Aceste documente sunt:

- Certificat de atestare fiscală privind lipsa datoriilor restante referitoare plății impozitelor, taxelor sau contribuțiilor la bugetul general consolidat (buget local, buget de stat, etc.) la momentul prezentării – scanat în format .pdf și semnat electronic;

- Certificat fiscal privind lipsa datoriilor restante referitoare plății impozitelor, taxelor locale și altor venituri ale bugetului local eliberat de Primărie (Consiliul Local) la momentul prezentării – scanat în format .pdf și semnat electronic;

- Cazierul judiciar al operatorului economic și al membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic, sau a celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia, așa cum rezultă din certificatul constatator emis de ONRC/actul constitutiv – scanat în format .pdf și semnat electronic.”

Având în vedere cerința de calificare anterior menționată, Consiliul va reține incidența în speță a următoarelor prevederi ale Legii nr. 98/2016 în vigoare la data inițierii procedurii de atribuire:

- art. 167 alin. (1) lit. g), h) și i) și alin. (8):

„(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;

h) operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate;

i) operatorul economic a încercat să influențeze în mod nelegal procesul decizional al autorității contractante, să obțină informații confidențiale care i-ar putea conferi avantaje nejustificate în cadrul procedurii de atribuire sau a furnizat din neglijență informații eronate care pot avea o influență semnificativă asupra deciziilor autorității contractante privind excluderea din procedura de atribuire a respectivului operator economic, selectarea acestuia sau atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru către respectivul operator economic.

(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 improprii 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. 171 alin. (1), alin. (2), alin. (3), alin. (3¹), alin. (3²) și alin. (5) lit. b):

(1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

(2) În cazul în care autoritatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire.

(3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 le poate furniza autorității contractante, în sensul prevederilor alin. (1), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă

ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația, și la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite.

(3¹) Autoritatea contractantă evaluează măsurile luate de operatorii economici și dovedite în conformitate cu prevederile alin. (3), ținând seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale infracțiunii sau abaterii avute în vedere.

(3²) În cazul în care măsurile prevăzute la alin. (3¹) sunt considerate insuficiente de către autoritatea contractantă, aceasta transmite operatorului economic o expunere a motivelor care au condus la luarea deciziei de excludere a acestuia din procedura de atribuire. (...)

(5) În cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situațiile de excludere prevăzute la art. 164 și 167 nu se aplică:

(...)

b) dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant.

Din analiza coroborată a prevederilor documentației de atribuire și a prevederilor legale anterior menționate, Consiliul reține că operatorii economici participanți la procedură aveau obligația să descrie în declarația DUAЕ toate situațiile în care și-au încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce LE reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile, astfel încât autoritatea contractantă, în exercitarea atribuțiilor sale exclusive, prevăzute la art. 127 alin. (1) lit. b) din HG nr. 395/2016 să poată verifica dacă dovezile furnizate de către operatorul economic aflat în situațiile prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 sunt suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității acestuia.

În soluționare, Consiliul va reține că, potrivit art. 3 lit. s) din Legea

nr. 98/2016, DUAЕ reprezintă „documentul unic de achiziții european furnizat în format electronic prin utilizarea formatului standard stabilit de Comisia Europeană, constând în declarația pe propria răspundere a operatorului economic cu privire la îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție”.

În preambulul Regulamentului nr. 7/2016 considerentul 4 se prevede că „DEAU ar trebui să contribuie, de asemenea, la o mai mare simplificare, atât pentru operatorii economici, cât și pentru autoritățile contractante și entitățile contractante, prin înlocuirea diferitelor declarații naționale pe propria răspundere, divergente, cu un singur formular standard stabilit la nivel european. Acest lucru ar trebui să contribuie, de asemenea, la reducerea problemelor legate de redactarea precisă a declarațiilor oficiale și a declarațiilor de acordare a consimțământului, precum și de aspectele lingvistice, întrucât formularul standard va fi disponibil în toate limbile oficiale. Prin urmare, DEAU ar trebui să faciliteze creșterea participării transfrontaliere la procedurile de achiziții publice.”

Relevante în soluționarea acestei critici sunt și prevederile art. 193 din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora : „(1) Autoritatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAЕ, constând într-o declarație pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplinește următoarele condiții:

a) nu se află în niciuna din situațiile de excludere menționate la art. 164, 165 și 167;

b) îndeplinește criteriile privind capacitatea, astfel cum au fost solicitate de autoritatea contractantă;

c) dacă este cazul, îndeplinește criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile prezentei legi”.

Relevante sunt și dispozițiile art. 65 alin. (1) din HG nr. 395/2016, „Comisia de evaluare analizează DUAЕ în conformitate cu prevederile cuprinse în cap. IV secțiunea a 8-a din Lege”.

Din întregul context normativ se poate desprinde concluzia că reglementarea acestui document unic european de achiziții nu poate fi un impediment pentru participarea operatorilor economici la procedură, ci dimpotrivă, trebuie să le faciliteze accesul.

Potrivit art. 1 din Regulamentul nr. 7/2016, „Din momentul în care măsurile naționale de punere în aplicare a Directivei 2014/24/UE vor intra în vigoare și cel târziu de la 18 aprilie 2016, formularul standard prevăzut în anexa 2 la prezentul regulament trebuie să fie utilizat în scopul întocmirii documentului european de achiziție unic, menționat la articolul 59 din Directiva 2014/24/UE. Instrucțiunile de utilizare a acestui formular sunt prezentate în anexa 1 la prezentul regulament”.

Din verificarea anexei nr. 2 la Regulamentul nr. 7/2016, Consiliul reține că cerința privind abaterile profesionale din contracte derulate anterior se regăsește în cadrul formularului standard în partea III: „Motive de excludere” secțiunea C: „Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale” sub forma/textul/sintagma/întrebarea „Operatorul economic s-a aflat într-o situație în care un contract de achiziții publice anterior, un contract anterior încheiat cu o entitate contractantă sau un contract de concesiune anterior a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni în legătură cu respectivul contract anterior? Dacă da, vă rugăm să furnizați detalii”.

În coloana din dreapta a formularului standard anterior menționat, legiuitorul european a prevăzut posibilitatea formulării unui răspuns atât prin selectarea/bifarea opțiunii „Da” sau „Nu”, cât și prin completarea cu informații adiționale de tip text a detaliilor contractelor derulate anterior.

Mai mult, în cazul răspunsului afirmativ, operatorii economici au posibilitatea să detalieze eventualele măsuri adoptate în vederea redobândirii credibilității, aspect care rezultă din sintagma „Dacă da, operatorul economic a luat măsuri de autocorectare? Da/Nu. Dacă da, vă rugăm să descrieți măsurile întreprinse”.

Raportat la prevederile legale anterior menționate, Consiliul va reține că ofertanții aveau obligația furnizării tuturor informațiilor prevăzute în mod expres în cadrul DUAЕ cu privire la situațiile prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 iar, în cazul încălcării acestei obligații, devin incidente textele legale ce reglementează cazurile de excludere prevăzute de dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. h) și i) din Legea nr. 98/2016.

Din verificarea dosarului cauzei, Consiliul reține că la pag. 108-112 din dosarul achiziției se regăsește declarația DUAЕ completată de operatorul economic SC ... SRL în care acesta a completat răspunsul la întrebarea „Încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile” cu textul „Nu”, comunicând, astfel, autorității contractante că nu s-a regăsit anterior în astfel de situații.

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

a) să elibereze un exemplar al documentului constatator contractantului;

b) să păstreze un exemplar la dosarul achiziției publice.

(4) Documentele constatatoare emise de către entitatea contractantă în conformitate cu prevederile alin. (1) și (2) pot fi

contestate potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare.”

Având în vedere aspectele anterior menționate Consiliul reține că, în anexa contestației care face obiectul prezentei, SC ... SRL a transmis la dosarul cauzei alte documente constatatoare negative emise de diverse autorități contractante în urma derulării relațiilor contractuale cu SC ... SRL:

- Documentul constatator nr. Ag 845/20.05.2019, emis de UM, potrivit căruia ofertantul a înștiințat autoritatea contractantă că despre hotărârea sa de a nu mai livra produsele pentru 3 loturi., motiv pentru care contractul subsecvent nr. 134/08.02.2019 și acordul-cadru nr. 7/14.03.2017 a fost reziliat, deoarece furnizorul nu și-a îndeplinit obligațiile asumate prin cele două contracte

De asemenea a refuzat să încheie contractul subsecvent pentru alte 6 loturi pe care le câștigase;

- Documentul constatator nr.137151/08.12.2020, emis de ..., potrivit căruia ofertantul nu și-a îndeplinit obligațiile asumate prin contractul de furnizare nr. 132682/30.10.2020, conform comenzilor și necesităților autorității contractante ;

- Documentul constatator nr. 125662/01.09.2021, emis de ..., în care se menționează că SC ... SRL nu și-a îndeplinit obligațiile asumate prin acordul-cadru nr. 115399/25.05.2021, în sensul că nu a onorat decât primul contract subsecvent, pentru următorul nemaiputând menține prețul, ceea ce a dus la organizarea unei noi proceduri de licitație deschisă și a unei negocieri fără publicare.

Rolul acestor documente constatatoare emise în temeiul art. 166 din HG nr. 395/2016 este de a oferi celorlalte autorități contractante care inițiază în viitor proceduri, informații cu privire la îndeplinirea sau neîndeplinirea corespunzătoare a contractelor anterioare, fiind o oglindă a operatorului economic executant/prestator/furnizor.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că ofertantul SC ... SRL a completat în mod eronat documentele DUAE în cadrul prezentei proceduri de atribuire, omițând astfel să comunice autorității contractante situațiile în care un contract de achiziții publice anterior a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni în legătură cu respectivul contract anterior.

Având a se pronunța conform principiului disponibilității strict cu privire la aspectele cu care a fost sesizat, respectiv cu privire la omisiunea completării DUAE cu toate cazurile de reziliere anticipată, eventuale daune-interese sau alte sancțiuni survenite în termenul de 3 ani prevăzut la art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, Consiliul reține distincția clară între motivele de excludere prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016 și art. 167 alin. (1) lit. g) din același act normativ.

Astfel, motivul de excludere care vizează comportamentul operatorului economic în derularea unor contracte de achiziție anterioare, (respectiv situația în care acesta și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract sectorial 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) implică o apreciere a comisiei de evaluare cu privire la gravitatea încălcării obligațiilor contractuale, sens în care, existența unui certificat constatator negativ, deși poate avea relevanță în cauză nu poate constitui în sine și în lipsa altor elemente un motiv suficient de excludere.

Pe de altă parte, în cauza dedusă soluționării nu s-a invocat caracterul grav și repetat al încălcării unor obligații contractuale anterioare (astfel cum rezultă din conținutul documentelor constatatoare omise) ci strict omisiunea ofertantului SC ... SRL de a aduce la cunoștința autorității contractante, la momentul completării DUAЕ, informații privind modul de derulare al unor contracte de achiziții anterioare.

Relevanța acestor informații urma a fi apreciată de comisia de evaluare, prin prisma dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, operatorii economici participanți nefiind îndreptățiți să stabilească ei înșiși care sunt informațiile pertinente în vederea evaluării ofertei, având în vedere modul de redactare al formularului DUAЕ. Astfel, conform fișei de date, pentru evaluarea respectării cerințelor privind situația personală a operatorilor economici – neîncadrarea în prevederile art. 167 din Legea 98/2016, trebuia completat DUAЕ.

Astfel cum a fost reținut anterior, formularul DUAЕ (al cărui format este obligatoriu conform Regulamentului UE nr. 7/2016) impune operatorului economic să bifeze corespunzător răspunsul (da sau nu) la întrebarea „operatorul economic s-a aflat într-o situație în care un contract de achiziții publice anterior încheiat cu o autoritate contractantă sau un contract de concesiune anterior a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni comparabile în legătură cu respectivul contract anterior”. De asemenea, formularul cuprinde o rubrică privind descrierea situației în caz de răspuns afirmativ precum și măsurile luate pentru a demonstra fiabilitatea operatorului economic.

Urmare a modului defectuos de completare a documentelor DUAЕ de către SC ... SRL, comisia de evaluare a desemnat drept câștigătoare oferta acestuia pentru lotul 14, fără să procedeze la efectuarea verificărilor prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) coroborat cu alin. (8) din Legea nr. 98/2016, astfel cum avea obligația potrivit art. 127 alin. (1) lit. b) coroborat cu art. 132 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Rezultă fără echivoc că declarația acestui ofertant a produs efecte

în procedură, fiind relevant răspunsul CJUE la întrebările preliminare ce au făcut obiectul cauzei C-387/14 potrivit căruia: „Articolul 45 alineatul (2) litera (g) din Directiva 2004/18, care permite excluderea unui operator economic de la participarea la un contract de achiziții publice

printre altele dacă s-a făcut „grav vinovat” de declarații false prin

furnizarea informațiilor solicitate de autoritatea contractantă, trebuie interpretat în sensul că poate fi aplicat atunci când operatorul în cauză

s-a făcut răspunzător de o neglijență de o anumită gravitate, și anume o

neglijență de natură să aibă o influență determinantă asupra deciziilor de excludere, de selectare sau de atribuire a unui contract de achiziții publice, independent de constatarea unei abateri intenționate în sarcina acestui operator”.

Prin modul în care a completat DUAЕ, SC ... SRL a evitat sancțiunea excluderii din procedură de către comisia de evaluare, raportat la prevederile legale anterior indicate, dar și urmarea procedurii administrativ-jurisdicționale sau judiciare după caz. Indiferent de aprecierea proprie a acestuia cu privire la legalitatea măsurii de reziliere a contractelor/acordurilor-cadru sau a certificatelor constatatoare, ofertantul SC ... SRL avea obligația clară de a declara existența acestor acte/situații și de a-și asuma ca atare posibilitatea de a fi exclus din procedură, inclusiv de a urma proceduri judiciare în cadrul cărora să fie analizată relevanța acestor acte. O asemenea soluție este impusă inclusiv de principiul tratamentului egal, în sensul art. (2) din Legea nr. 98/2016.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că ofertantul SC ... SRL nu a prezentat informațiile solicitate de autoritatea contractantă în scopul verificării absenței motivelor de excludere în sensul dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, situație în care, comisia de evaluare avea obligația impusă de textul de lege de a dispune excluderea acestuia din procedură. O asemenea sancțiune intervine automat, la momentul la care se constată intervenite condițiile impuse de textul de lege, dat fiind faptul că această reglementare are ca finalitate să protejeze integritatea procedurii de achiziții publice (a se vedea în acest sens considerentele Hotărârii pronunțată de CJUE în cauza C-178/16). Comportamentul operatorilor economici participanți la o procedură de achiziție, respectiv corectitudinea informațiilor pe care aceștia le prezintă autorității contractante reprezintă elemente esențiale în aprecierea

existenței cazurilor de excludere care vizează situația personală a acestora. Din această perspectivă, Consiliul apreciază că o interpretarea contrară, ar lipsi de conținut dispozițiile care reglementează DUAE și efectele pe care acesta le are în procedura de atribuire.

Raționamentul anterior se regăsește și în considerentele Hotărârii nr. 1492/2018 pronunțată de Curtea de Apel ... la 04.09.2018 în dosarul nr. 71/102/2018.

Consiliul reține că în speță nu puteau fi aplicabile prevederile art. 171 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 deoarece din interpretarea coroborată a dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g), alin. (8) și art. 171 din Legea nr. 98/2016, rezultă că, numai în cazul în care ofertantul declară în mod complet situațiile de încetare anticipată a contractelor derulate anterior de către acesta, este posibil ca autoritatea contractantă, pe baza analizei certificatelor constatatoare, să aprecieze gravitatea încălcării obligațiilor contractuale, iar operatorul economic are prilejul de a-și demonstra în mod concret credibilitatea, evitând astfel, excluderea din procedură.

Consiliul reține că ofertanții aveau obligația furnizării tuturor informațiilor prevăzute în mod expres în cuprinsul DUAE, respectiv cu privire la situația de încetare anticipată a contractelor derulate anterior de către aceștia, indiferent de motivul care a stat la baza rezilierii acestor contracte, autoritatea contractantă fiind cea care stabilește dacă anumite situații de reziliere a contractelor încheiate anterior sunt relevante sau nu și dacă este necesară clarificarea acestora în scopul verificării dacă se circumscriu situațiilor de excludere din procedură prevăzute de art. 167 alin. (1) din Legea nr.98/2016.

Consiliul va reitera faptul că, potrivit art. 171 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, „(1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

(2) În cazul în care autoritatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire” însă, pentru a fi aplicabile aceste dispoziții, era necesar ca inițial ofertantul să declare situațiile de încetare anticipată a contractelor derulate anterior de către acesta, altfel autoritatea contractantă nu poate face analiza proporționalității și nu poate decide dacă se impune aplicarea prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, în condițiile în care nu a cunoscut aceste împrejurări, ca urmare a faptului că respectivul operator economic nu le-a declarat.

Prin urmare, încălcarea obligației de a furniza informații complete

autorității contractante, punând-o pe aceasta în imposibilitate de a verifica absența motivelor de excludere, se încadrează în prevederile art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016 și determină eliminarea ofertanților din procedură, dispozițiile art. 169 din Legea nr. 98/2016 fiind imperative.

Raționamentul anterior se regăsește în considerentele Hotărârii nr. 1564/2019 pronunțată de Curtea de Apel ... la 27.11.2019 în dosarul nr. 697/42/219 și în considerentele Hotărârii nr. 386/2020 pronunțată de Curtea de Apel ... la 09.07.2020 în dosarul nr. 233/64/2020.

Este adevărat că procedura de achiziție publică este reglementată de norma din domeniul dreptului public care se desfășoară sub autoritatea principiului priorității interesului public, însă în etapa de evaluare autoritatea contractantă nu poate să respecte doar acest principiu și să încalce celelalte principii expres reglementate de prevederile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, în special principiul nediscriminării, tratamentului egal și transparenței.

Prin urmare, contrar susținerile autorității contractante din punctul de vedere, în acord atât cu dispozițiile legale amintite, cât și cu cele ale documentației de atribuire, comisia de evaluare este obligată să analizeze documentele DUAE din ofertele prezentate, cu respectarea principiului tratamentului egal consacrat de prevederile art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, raportat la toți operatorii economici participanți la procedura în cauză, și la toate prevederile legale incidente, independent de quantumul scăzut al prețurilor din propunerile financiare depuse de unii dintre aceștia.

Având în vedere toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, va admite contestația formulată de SC ... SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., iar, pe cale de consecință, va anula raportul procedurii nr. INBI-05244/28.04.2022 în partea aferentă lotului nr. 14 și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei depusă de SC ... SRL, cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 15 zile de la comunicare.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de SC ... SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., anulează raportul procedurii nr. INBI-05244/28.04.2022 în partea aferentă lotului nr. 14 și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei depusă de SC ... SRL, cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei, în termen de 15 zile de la comunicare.

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

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

Redactată în 4 exemplare, conține 15 (cincisprezece) pagini