

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

DECIZIE

Nr. 934/C1/744

Data: 07.05.2021

Prin contestația nr. 79/01.04.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 16777/01.04.2021, formulată de SC SRL, cu sediul în, înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare RO, prin, împotriva raportului procedurii de atribuire nr. 29658/23.03.2021 emis de către, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată pentru încheierea acordului-cadru, divizat pe loturi, având ca obiect „Acord cadru furnizare alimente 2021-12 luni”, cod CPV: 15800000-6, s-a solicitat admiterea contestației, cu consecința:

- anulării în parte a raportului procedurii de atribuire nr. 29658/23.03.2021, în privința loturilor 8, 22 și 29;

- obligării autorității contractante la excluderea de la procedură, în privința loturilor 22 și 29, a participanților ..., ..., ... și ... (oferanți care se află sub incidența unor motive de excludere) și la desemnarea unor noi câștigători pentru aceste loturi, dintre cei care îndeplinesc condițiile legale;

- obligării autorității contractante la respectarea principiului nediscriminării și egalității de tratament, prin desemnarea unui nou câștigător pentru lotul 8, dintre cei care au demonstrat îndeplinirea tuturor condițiilor de calificare la data emiterii raportului final al procedurii.

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

În fapt, contestatorul critică legalitatea rezultatul procedurii, conform căruia, în urma aplicării criteriului de atribuire (cel mai bun raport calitate preț), oferta sa a ocupat locul 2 în cadrul loturilor 8 – Lapte și 22 – Brânză topită și locul 4 în cadrul lotului 29 – Pulpe pui, ofertele câștigătoare fiind cele depuse de: ... - pentru lotul 8, ... - pentru lotul 22, ... - pentru lotul 29, ..., ... ocupând locurile 2 și respectiv 3 în cadrul lotului 29, în condițiile în care ofertanți ..., ..., ... și ... se află

sub incidența motivelor de excludere prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. h) și i) din Legea nr. 98/2016, făcându-se vinovați de declararea unor aspecte nereale/incomplete cu ocazia completării DUAE (partea a III-a - Motivelor de excludere).

Referitor la loturile 28 și 29, contestatorul precizează că:

Ofertanții ..., ..., ... și ... fie au răspuns NU la întrebarea relevantă („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 legătură cu respectivul contract anterior?”), deși aveau înregistrate situații de rezilieri anterioare (situația ... și ...), fie au răspuns DA, însă au declarat aspecte incomplete, referindu-se doar la o parte dintre rezilierile anterioare și trecând sub tăcere restul situațiilor în care s-au aflat (situația ... și ...).

Susține că ... a completat răspunsul NU la întrebarea relevantă, cu toate că ofertantul a avut următoarele situații de rezilieri ale unor contracte de achiziție publică anterioare:

- potrivit documentului constatator nr. 7293/19.03.2018, emis de ..., acordul-cadru furnizare alimente nr. 5023/26.02.2018 (lot 33 și 37) a fost reziliat de către autoritatea contractantă, față de împrejurarea că produsele livrate nu au corespuns specificațiilor tehnice din caietul de sarcini, acestea nefiind înlocuite cu produse corespunzătoare în termen de 48 ore. Despre reziliere se face mențiune și în SEAP;

- potrivit documentului constatator nr. 5324/09.05.2018, emis de ..., acordul-cadru nr. 1908/23.08.2017 a fost reziliat de către autoritatea contractantă. Despre reziliere făcându-se mențiune și în SEAP.

Potrivit contestatorului, ... a completat răspunsul NU la întrebarea relevantă, cu toate că ofertantul a avut următoarele situații de rezilieri ale unor contracte de achiziție publică anterioare:

- potrivit documentului constatator nr. 748503/08.11.2018, emis de UM 0461, acordul-cadru furnizare lapte praf nr. 146/23.10.2018 a fost reziliat de către autoritatea contractantă, față de împrejurarea că furnizorul a încălcat grav obligațiile sale principale, prin nesusținerea prețului ofertat. S-a subliniat că astfel au fost încălcate grav obligațiile principale asumate prin semnarea contractului-cadru, cu referire la articolul potrivit căruia prețul unitar prezentat în propunerea financiară va fi ferm pe toată perioada de derulare și că nu se ajustează. Se mai arată că neasigurarea cantității necesare de lapte praf conduce la încălcarea normelor de protecție, având în vedere că acest produs are destinația de aliment de protecție ce se acordă personalului unităților beneficiare care lucrează în condiții periculoase.

Referitor la ..., arată că acesta a completat răspunsul DA, menționând următoarele situații de rezilieri: document constatator nr.

36727/02.10.2018, emis de ...; documentul constatator nr. 21706/17.01.2020, emis de ...; documentul constatator nr. AD1012154, emis de ...; documentele constatatoare nr. 154921, nr. 154915 și nr. 147611, emise de Ofertantul a omis însă să declare și alte rezilieri ale unor contracte anterioare, respectiv:

- potrivit documentului constatator final nr. 89617/23.05.2018, emis de ... - ..., contractul subsecvent de furnizare nr. 89277/21.02.2018 a fost îndeplinit necorespunzător, ceea ce a dus la rezilierea acestuia. Motivele rezilierii au fost neonorarea comenzilor sau nerespectarea termenelor de livrare a produselor. Potrivit documentului, neonorarea comenzilor a creat disfuncționalități în procesul de hrănire a elevilor școlii, nefiind posibilă hrănirea acestora conform normelor în vigoare;

- potrivit documentului constatator nr. 16344/30.10.2019, emis de ..., în cursul executării contractului subsecvent încheiat în baza acordului-cadru nr. 87/28.02.2019, ofertantul nu a notificat autoritatea contractantă că nu poate menține prețurile unitare pentru produsele furnizate, fapt care a fost de natură să producă grave prejudicii autorității contractante, care a procedat la rezilierea acordului-cadru, așa cum reiese din informarea publicată în SEAP;

- potrivit documentului constatator nr. P2-36813/15.05.2019, emis de ..., ofertantul a refuzat semnarea unui contract subsecvent pentru furnizarea a 200 kg de marmeladă, ceea ce a dus la îngreunarea activității de hrănire a persoanelor private de libertate aflate în custodia instituției;

- potrivit documentului constatator nr. P2-726081/27.12.2018, emis de ..., ofertantul a refuzat semnarea unui contract subsecvent pentru furnizarea a 600 kg de marmeladă;

- potrivit documentului constatator nr. P2-37721/24.05.2019, emis de ..., ofertantul a refuzat semnarea unui contract subsecvent pentru furnizarea a 300 kg de făină albă de grâu, ceea ce a dus la îngreunarea activității de hrănire a persoanelor private de libertate aflate în custodia instituției.

Referitor la ultimele trei situații invocate, menționarea acestora era obligatorie întrucât, potrivit art. 144 alin. (1) din HG nr. 395/2016, refuzul nemotivat al ofertantului declarat câștigător de a semna contractul de achiziție publică/acordul-cadru este asimilabil situației prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege.

Cu privire la ..., susține că acesta a completat răspunsul DA, menționând următoarele situații de rezilieri: documentul nr. 2994/01.02.2019 AC nr. 5025/26.02.2018 - ...; documentul nr. 20963/PBRB/ 08.01.2018 CS nr. 3 cu nr. 1/118337/13.10.2017, ..., și documentul nr. 124975/01.11.2017 CS 118816/30.08.2017, ..., omițând însă să declare alte două rezilieri ale unor contracte anterioare, respectiv:

- așa cum reiese din adresa nr. 11302/14.09.2020, ... comunică, drept răspuns la cererea SC SRL de comunicare de informații publice, faptul că acordurile-cadru nr. 11377/20.03.2020 și nr. 11376/20.03.2020, încheiate cu ofertantul ..., au fost reziliate de către autoritatea contractantă.

Ofertanții au obligativitatea de a declara în DUAE 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 nr. 98/2016, fiind prerogativa autorității contractante să facă propriul examen al circumstanțelor care au dus la rezilierile anterioare, iar nu al ofertantului.

Din punct de vedere tehnic, în situația în care un ofertant completează câmpul corespunzător răspunsului DA la întrebarea referitoare la rezilierile anterioare, DUAE 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 (care permite operatorilor ca, și în cazul existenței motivelor de excludere, să ofere dovezi care să arate că măsurile luate de aceștia sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere), 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 la art. 167 alin. (1) lit. 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);

- 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 se ia decizia excluderii ofertantului respectiv.

În situația dată, ofertanții au ales fie să completeze răspunsul NU, fie să completeze răspunsul DA, fără a declara toate rezilierile, în ambele cazuri ascunzând informații față de autoritatea contractantă, care a fost pusă astfel în situația de a nu putea aprecia asupra incidenței eventualului motiv de excludere prevăzut la lit. g), ceea ce în sine îi plasează pe acest ofertanți sub incidența motivului de excludere de la lit. h)/i) din Legea nr. 98/2016.

Așadar, gravitatea sporită a acestui motiv de excludere (care operează independent de cel de la oricare altă literă a articolului) rezidă

în reaua-credință a ofertanților, care au acționat în vederea inducerii în eroare a autorității contractante. Întrucât documentația de atribuire (inclusiv modul de completare a DUAЕ) nu a fost contestată, aceasta este obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru participanții care trebuie să o respecte întocmai. În plus, trebuie avute în vedere și dispozițiile art. 137 din HG nr. 395/2016.

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 ofertanții nu își mai pot exercita dreptul de a oferi explicațiile la care se referă art. 171 (în acest sens este și decizia nr. 386/R/2020 din 09 iulie 2020 a Curții de Apel ...).

Or, susține acesta, a considera altfel înseamnă a lăsa nesanționat 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 realitate, pe lângă aspectele de drept penal privitoare la infracțiunea de fals în declarații, care nu fac obiectul prezentului dosar, legea prevede o sancțiune clară pentru astfel de situații - sancțiunea excluderii de la procedura de achiziție publică).

În susținere, contestatorul invocă dispozițiilor art. 169 din Legea nr. 98/2016, practică judiciară relevantă (Decizia nr. 1111/C9/1177 din 09.07.2019, Decizia nr. 1564/27.11.2019, a Curții de Apel, Decizia 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 nr. 1658/C1/1685/25.09.2019, Decizia nr. 1938/C1/1944/21.10.2020).

Referitor la lotul 8, contestatorul precizează următoarele:

Desemnarea unui alt câștigător pentru acest lot se impune în vederea restabilirii legalității procedurii, având în vedere că ofertantul desemnat câștigător de către autoritatea contractantă nu a dovedit îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare.

Așa cum reiese din raportul procedurii (pag. 9), după aplicarea criteriului de atribuire (cel mai bun raport calitate-preț), autoritatea contractantă a întocmit clasamentul ofertanților și apoi a solicitat celor clasați pe primele locuri să prezinte documentele suport/dovezi pentru demonstrarea informațiilor prezentate în DUAЕ, dar ofertantul ... nu s-a conformat acestei cerințe, nedepunând certificatul fiscal eliberat de DGFP și impozite și taxe locale, ci doar dovada că a formulat solicitări pentru eliberarea acestora, iar autoritatea contractantă a înțeles să îl desemneze drept câștigător pentru lotul 8, menționând că a decis să îl „admită în etapa următoare” cu condiția de a prezenta documentele (valabile la data 04.03.2021) până la semnarea contractului. În logica firească a desfășurării procesului de achiziție publică, solicitarea, primirea și verificarea documentelor suport pentru demonstrarea

informațiilor din DUAE reprezintă o etapă anterioară întocmirii raportului procedurii de atribuire.

Prin acest mod de a acționa, autoritatea contractantă s-a plasat în afara cadrului legal, desemnând câștigător un ofertant care nu a dovedit îndeplinirea tuturor cerințelor de calificare, solicitarea documentelor suport/dovezilor aferente informațiilor din DUAE de la ofertantul clasat pe primul loc realizându-se cu luarea în considerare a prevederilor art. 196 alin. (2) și art. 197 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, iar, întrucât nu este incidentă niciuna dintre excepțiile de la art. 197, reiese că ne plasăm în ipoteza cadru reglementată de art. 196 alin. (2), când solicitarea documentelor suport trebuie făcută înainte de atribuirea contractului.

Așadar, autoritatea contractantă a respectat doar aparent aceste norme, întrucât, deși a solicitat ofertanților clasați pe primul loc aceste documente suport DUAE, a trecut peste împrejurarea că doi dintre ofertanți (cu relevanță pentru prezenta cauză este doar situația ...) nu au depus în termenul fixat unele dintre documentele obligatorii - comisia de evaluare nesancționând această omisiune, prin aplicarea dispozițiilor art. 66 alin. (1) și (2) din HG nr. 395/2016 - și a adoptat o soluție inedită, în afara cadrului legal (mai mult, chiar în contradicție cu acesta) și a menționat că ofertantul este admis în „etapa ulterioară”.

Astfel că, susține acesta, nu există o etapă ulterioară, procesul de selectare a ofertanților este încheiat la momentul emiterii raportului procedurii, nefiind permisă demonstrarea criteriilor de calificare ulterior acestui moment.

Procedând în această manieră, autoritatea contractantă a atribuit un contract de achiziție publică unui ofertant care nu a dovedit îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare, cu încălcarea dispozițiilor legale ce reglementează etapele procedurii de achiziție, precum și a principiilor egalității de tratament și nediscriminării.

Concret, în timp ce majoritatea ofertanților au avut la dispoziție două zile pentru demonstrarea îndeplinirii criteriilor de calificare (termen stabilit chiar de autoritatea contractantă, și pe care au înțeles să îl respecte în consecință), ... beneficiază de un termen suplimentar, neprevăzut de lege, care îi oferă un avantaj competițional nepermis și artificial, creat chiar de către autoritatea contractantă, care depășește etapa atribuirii contractului.

De asemenea, contestatorul nu înțelege nici cum ar fi posibilă “producerea” documentelor solicitate “*cu valabilitate 04.03.2021*”, așa cum se precizează, întrucât acestea nu se eliberează de către autorități cu o dată retroactivă.

Prin adresa nr. 79/01.04.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 17081/02.04.2021, SC SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207110376/1, tranzacția:

1072316891/1861608923 din data de 01.04.2021, emisă de CEC Bank – Sucursala, în valoare de 4.116,00 lei.

Prin adresa nr. N2/31204/06.04.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 17646/06.04.2021, autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice, împreună cu punctul de vedere, prin care solicită respingerea contestației ca nefondată, pentru următoarele motive:

Potrivit informațiilor prezentate în cadrul cap. C - Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale din cadrul Documentului Unic de Achiziție European, operatorii economici ... și ... au declarat că nu sunt vinovați de comiterea unor abateri profesionale grave, daune interese sau alte sancțiuni comparabile, astfel comisia de evaluare a stabilit că aceștia îndeplinesc condițiile de calificare.

Operatorii economici ... și ... nu și-au încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce le reveneau, aceștia luând măsuri de autocorectare și în ceea ce privește relațiile contractuale anterioare cu instituția, nu au fost cazuri care să conducă la încetarea anticipată a contractelor și nici situații care să conducă la plata de daune-interese și alte sancțiuni aplicabile, operatorii economici mai sus menționați au primit certificate constatatoare potrivit cărora aceștia și-au îndeplinit în mod corespunzător toate obligațiile contractuale.

Referitor la decizia comisiei de evaluare de a nu respinge ofertantul ..., ca urmare a nedepunerii certificatului fiscal eliberat de DGFP:

- până la data limită de depunere a ofertelor ofertantul a depus un certificat fiscal emis la data de 05.01.2021, potrivit căruia toate contribuțiile erau achitate. Având în vedere că documentul solicitat era expirat, comisia a solicitat o clarificare cu privire la depunerea unui nou certificat fiscal care să fie valabil la data limită de depunere a ofertelor, iar acesta a depus dovada prin care a solicitat eliberarea unui nou certificat valabil. Comisia a hotărât acceptarea acestuia în etapa următoare, cu mențiunea ca acesta să prezinte certificatul de atestare fiscal până la data semnării acordului-cadru, în caz contrar autoritatea contractantă rezervându-și dreptul să semneze acordul-cadru cu următorul operator economic;

- argumentele la baza căreia comisia a hotărât să nu respingă ofertantul sunt prevederile art. 165 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, autoritatea contractantă susține menținerea în categoria câștigătorilor a ofertanților contestați, întrucât prețurile ofertate sunt mai mici, autoritatea contractantă având obligația încadrării în normele maxime valorice prevăzute potrivit OMJ nr. 1365/C/2020 pentru aprobarea valorilor financiare actualizate ale normelor de hrană ale persoanelor private de libertate.

Pentru motivele arătate mai sus, precum și diferențele de preț dintre ofertantul câștigător și contestatar (ex: pulpe pui cu o diferență de preț de 33.480 lei, fără TVA), autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, pentru motivele invocate, ca nefondată.

Totodată, autoritatea contractantă precizează că, până la soluționarea contestației, a suspendat, în data de 02.04.2021, procedura de atribuire a loturilor contestate (lotul 8, 22 și 29).

Prin adresa nr. 83/07.04.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 18056/08.04.2021, SC SRL depune „Răspuns la punctul de vedere”, reiterând aspectele deja precizate în contestație.

Referitor la argumentul autorității contractante privind menținerea în categoria câștigătorilor a operatorilor economici contestați, întrucât prețurile ofertate de aceștia sunt mai mici, contestatorul consideră că acesta nu are legătură cu contestația, întrucât desemnarea unui câștigător al procedurii reprezintă o analiză mult mai complexă, care nu se limitează la stricta aplicare a criteriului de atribuire, ci presupune aplicarea criteriului asupra acelor ofertanți care îndeplinesc toate cerințele prevăzute de lege. A se limita la compararea prețului ofertat, înseamnă a ignora cadrul legal de desfășurare a procesului de achiziție publică, cadru care impune, printre altele, condiția imperativă a lipsei motivelor de excludere de la procedură și aplicarea unui tratament egal și nediscriminatoriu față de toți participanții, iar nu adoptarea unor reguli ad-hoc, în funcție de interese particulare.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura licitație deschisă, în vederea încheierii acordului-cadru, divizat pe loturi, având ca obiect „Acord cadru furnizare alimente 2021-12 luni”, cod CPV: 15800000-6, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare CN1028199 din 05.02.2021, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 1.447.450,40 lei. Conform cap. II.2.5 din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „cel mai bun raport calitate preț”.

Prin contestația care face obiectul prezentei, SC SRL este nemulțumit de modalitatea în care a evaluat autoritatea contractantă ofertele depuse în cadrul loturilor nr. 8, 22 și 29 de operatorii economici ... (lotul 8), despre spre care susține că nu a dovedit îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare deoarece acesta din urmă nu a depus certificatele fiscale, ... (lotul 22) și ..., ... și ... (lotul 29) despre care susține că se află sub incidența motivelor de excludere prevăzute de dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. h) și i) din Legea nr. 98/2016, deoarece fie au omis în totalitate să declare în documentele DUAE contractele de achiziții publice încheiate anterior, în care respectivii operatori economici și-au încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată (rezilierea) a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile, fie au declarat doar o parte din aceste documente.

Analizând mai întâi criticile formulate de SC SRL împotriva ofertanților de la loturile nr. 22 și nr. 29, Consiliul reține că, la secțiunea

„III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului” din instrucțiunile pentru ofertanți publicate în SEAP, în anexa anunțului de participare, sub identificatorul „[CN1028199/00002] FisaDate_DF1105341.pdf”, intitulate generic „Fișa de date”, autoritatea contractantă a formulat următoarea cerință minimă de calificare:

„Persoane juridice/fizice române/străine - ofertanții, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, art. 165 și art. 167 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice”.

Modalitatea de dovedire a cerinței de calificare anterior menționată a fost stabilită în anunțul de participare și fișa de date astfel:

*„Se va prezenta **DUAE** conform art. 193 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, completându-se secțiunile aferente cerințelor, urmând ca formularul anexat prezentei documentații să fie completat și prezentat doar la solicitarea autorității contractante la finalizarea evaluării ofertelor ofertanților clasati pe primele 3 locuri.*

Documente justificative:

- cazierul judiciar al operatorului economic și al membrilor organului de administrare, de conducere sau supraveghere al respectivului operator economic, sau a celor ce au putere de reprezentare de decizie sau de control așa cum rezultă din certificatul constatator emis de ONRC/actul constitutiv;

- după caz, documente prin care se demonstrează că operatorul economic beneficiază de derogările prevăzute la art. 166 alin. (2), art. 167 alin. (2), art. 171 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice;

- alte documente edificatoare, după caz (...).”

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 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;

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 de a descrie în declarația DUAЕ toate situațiile în care și-au încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile, 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 căruia: *„(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”.

Nu sunt lipsite de importanță nici dispozițiile art. 65 alin. (1) din HG nr. 395/2016, care stipulează: *„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 înlesnească/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. 82-98 din dosarul achiziției se regăsesc declarațiile DUAЕ completate de operatorii economici ... (lotul 22) și ... (lotul 29) în care aceștia au completat răspunsul la întrebarea *„Încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile?”* cu textul **„Nu”**, comunicând astfel autorității contractante că nu s-au regăsit anterior în astfel de situații.

În cazul operatorului economic ... (lotul 29) în cadrul DUAЕ (pag. 100 din dosarul achiziției) la întrebarea: *„Încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile?”*, acesta a indicat următoarele Documente constatatoare:

- Documentul constatator nr. 36727 / 02.10.2018 emis de ... pentru: *„întârzieri de livrare și nerespectarea cantităților de produse”* în cadrul Contractului subsecvent nr. 33944/11.09.2018 având ca obiect furnizare paste făinoase și biscuiți;
- Documentul constatator nr. 21706/17.01.20120 emis de ...;
- Documentul constatator nr. AD1012154 emis de ...;
- Documentele constatatoare nr. 154921, 154915, 147611 emise de

În cazul operatorului economic ... (lotul 29) în cadrul DUAЕ (pag.108 din dosarul achiziției) la întrebarea: *„Încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile?”*, acesta a indicat următoarele Documente constatatoare:

- Documentul constatator nr. 2994/01.02.2019 emis de ...;

- Documentul constatator nr. 20963/PBRB/08.01.2018 emis de ...;
- Documentul constatator nr. 124975/01.11.2017 emis de

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” și „(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”.

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, este o *„oglină a operatorului economic executant/prestator/furnizor”*.

Având în vedere aspectele anterior menționate Consiliul reține că deși ... și ... au completat răspunsul la întrebarea „Încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile?” cu textul „Nu”, comunicând astfel autorității contractante că nu s-au regăsit anterior în astfel de situații, în anexa contestației care face obiectul prezentei, SC SRL a transmis la dosarul cauzei documente constatatoare negative emise de diverse autorități contractante în urma derulării relațiilor contractuale cu ofertanții menționați anterior, după cum urmează:

- pentru ...:

- documentul constatator **nr. 7293/19.03.2018**, emis de ..., potrivit căruia acordul-cadru furnizare alimente nr. 5023/26.02.2018 (lot 33 și 37) a fost reziliat de către autoritatea contractantă, față de împrejurarea că produsele livrate nu au corespuns specificațiilor tehnice din caietul de sarcini, acestea nefiind înlocuite cu produse corespunzătoare în termen de 48 ore;

- documentul constatator **nr. 5324/09.05.2018**, emis de ..., potrivit căruia acordul-cadru nr. 1908/23.08.2017 a fost reziliat de către autoritatea contractantă;

- pentru ...:

- documentului constatator **nr. 748503/08.11.2018**, emis de ..., potrivit căruia acordul-cadru furnizare lapte praf nr. 146/23.10.2018 a fost reziliat de către autoritatea contractantă, față de împrejurarea că furnizorul a încălcat grav obligațiile sale principale, prin

nesusținerea prețului ofertat. S-a subliniat că astfel au fost încălcate grav obligațiile principale asumate prin semnarea contractului-cadru, cu referire la articolul potrivit căruia prețul unitar prezentat în propunerea financiară va fi ferm pe toată perioada de derulare și că nu se ajustează. Se mai arată că neasigurarea cantității necesare de lapte praf conduce la încălcarea normelor de protecție, având în vedere că acest produs are destinația de aliment de protecție ce se acordă personalului unităților beneficiare care lucrează în condiții periculoase;

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că ofertanții ... și ... au completat în mod eronat documentele DUAЕ 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.

Modul superficial de completare a DUAЕ anterior menționat se regăsește și în cazul ofertelor depuse de ... și ... deoarece, suplimentar informațiilor declarate de aceștia în cadrul documentelor DUAЕ, societatea contestatoare a depus la dosarul cauzei înscrisuri din care rezultă rezilierea anticipată a următoarelor acorduri-cadru:

- pentru ...:

- documentul constatator final nr. 89617/23.05.2018, emis de ..., potrivit căruia contractul subsecvent de furnizare nr. 89277/21.02.2018 a fost îndeplinit necorespunzător, ceea ce a dus la rezilierea acestuia. Motivele rezilierii au fost neonorarea comenzilor sau nerespectarea termenelor de livrare a produselor. Potrivit documentului, neonorarea comenzilor a creat disfuncționalități în procesul de hrănire a elevilor școlii, nefiind posibilă hrănirea acestora conform normelor în vigoare;

- documentul constatator nr. 16344/30.10.2019, emis de ..., potrivit căruia, în cursul executării contractului subsecvent încheiat în baza acordului-cadru nr. 87/28.02.2019, ofertantul nu a notificat autoritatea contractantă că nu poate menține prețurile unitare pentru produsele furnizate, fapt care a fost de natură să producă grave prejudicii autorității contractante, care a procedat la rezilierea acordului-cadru, așa cum reiese din informarea publicată în SEAP;

- documentul constatator nr. P2-36813/15.05.2019, emis de ..., potrivit căruia ofertantul a refuzat semnarea unui contract subsecvent pentru furnizarea a 200 kg de marmeladă, ceea ce a dus la îngreunarea activității de hrănire a persoanelor private de libertate aflate în custodia instituției;

- documentul constatator nr. P2-726081/27.12.2018, emis de ..., potrivit căruia ofertantul a refuzat semnarea unui contract subsecvent pentru furnizarea a 600 kg de marmeladă;

- documentul constatator nr. P2-37721/24.05.2019, emis de ..., ofertantul a refuzat semnarea unui contract subsecvent pentru furnizarea

a 300 kg de făină albă de grâu, ceea ce a dus la îngreunarea activității de hrănire a persoanelor private de libertate aflate în custodia instituției.

- pentru ..., contestatorul a transmis la dosarul cauzei adresa nr. 11302/14.09.2020 prin care ... a transmis operatorului SC SRL ca urmare a unei solicitări formulată în temeiul Legii nr. 544/2001 privind liberul acces la informații de interes public că „în temeiul art. 4.4 și 4.5 din Acordul cadru nr. 11377 din 20.03.2020, acesta a fost reziliat” (pag. 000048-000049 din dosarul achiziției).

Având în vedere faptul că din adresa nr. 8890/20.07.2020 nu reiese motivul rezilierii acordului-cadru nr. 11377/20.03.2020, Consiliul a procedat la identificarea acestuia în informațiile publice disponibile pe platforma electronică SEAP, constatând că acordul cadru nr. 11377/20.03.2020 este menționat în cadrul anunțului de atribuire nr. CAN1029090/25.07.2020 publicat de autoritatea contractantă ... în urma atribuirii lotului 53 al procedurii inițiată prin anunțul de participare nr. CN1015781/08.10.2019.

Potrivit anunțului de atribuire anterior menționat, operatorul ... a avut calitatea de ofertant desemnat câștigător pentru lotul 53 împreună cu operatorii economici ... și SC SRL.

Procedând la analiza modelului de acord-cadru publicat de ... în anexa anunțului de participare CN1015781/ 08.10.2019, Consiliul reține că art. 4.4 și art. 4.5 indicate ca motiv al rezilierii acordului cadru nr. 11377/20.03.2020 de către autoritatea contractantă se referă la rezilierea acordului-cadru datorită nerespectării de către una dintre părți a obligațiilor asumate prin acordul-cadru.

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 operatorilor economici 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 anticipa 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 cei 4 ofertanți anterior menționați, comisia de evaluare a desemnat drept admisibile /câștigătoare ofertele acestora pentru loturile 22 și 29, 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 declarațiile acestor ofertanți au 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 sa 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 sa 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”.

Cei 4 operatori economici menționați anterior, prin modul în care au completat DUAЕ, au 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 acestora cu privire la legalitatea măsurii de reziliere a contractelor/acordurilor-cadru sau a certificatelor constatatoare, ofertanții în cauză aveau obligația clară de a declara existența acestor acte/situații și de a-și asuma ca atare posibilitatea de a fi excluși 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 ofertanții ... (lotul 22), ..., ... și ... (lotul 29) nu au 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 acestora 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 interpretare contrară, ar lipsi de conținut dispozițiile care reglementează DUAЕ 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 DUAЕ, 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 susținerilor 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 cu modificările și completările ulterioare, urmează să admită criticile contestatorului privind modul de evaluare a ofertelor aparținând ... (lotul 22), ..., ... și ... (lotul 29) și să oblige autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor depuse de aceștia cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

Referitor la critica contestatorului privind ofertantul ... (lotul 8), despre spre care susține că nu a dovedit îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare deoarece acesta din urmă nu a depus certificatul fiscal privind impozitele și taxele locale emis de Primărie și certificatul emis de DGFP, Consiliul urmează să o respingă ca nefondată, având în vedere considerentele ce urmează.

Potrivit, secțiunii III.1) din Fișa de date, la „*Condiții de participare*”, s-a impus următoarea cerință minimă de calificare:

„Operatorii economici nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 59 - 60, art. 164 - 165 și art. 167 din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare. NOTĂ: cerința trebuie îndeplinită de către toți participanții la procedură (în calitate de ofertant unic, ofertant asociat, terț susținător sau subcontractant)”.

Modalitatea de dovedire a cerinței de calificare anterior menționată a fost stabilită în fișa de date astfel: „Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE (Certificat de atestare fiscală emis de Direcția Generală a Finanțelor Publice) urmează a fi prezentate la solicitarea autorității contractante doar de către ofertantul clasat pe primul loc la solicitarea autorității contractante la finalizarea evaluării ofertelor.

Certificat Fiscal privind impozitele și taxele locale emis de Primărie.

Certificat de atestare fiscală emis de DGFP”.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că prin documentația de atribuire, autoritatea contractantă a stabilit în sarcina operatorilor economici să demonstreze la solicitarea comisiei de evaluare îndeplinirea obligațiilor privind plata contribuțiilor la bugetul local /de stat prin depunerea certificatelor fiscale din care să rezulte că anterior finalizării evaluării ofertelor nu aveau astfel de datorii restante.

Ținând seamă de prevederile art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 potrivit căroră: *„înainte de atribuirea contractului de achiziție publică (...), autoritatea contractantă solicită ofertantului clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire să prezinte documente justificative actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE (...)”*, autoritatea contractantă a solicitat ofertantului ... prin adresa cu nr. 28800/16.03.2021 (pag. 000306 din dosarul achiziției), transmiterea până la data de 18.03.2021, printre alte documente, a Certificatului Fiscal privind impozitele și taxele locale emis de Primărie și a Certificatului de atestare fiscală emis de DGFP.

Din analiza documentelor aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține că ofertantul ... a transmis autorității contractante:

- Certificat de atestare fiscală pentru persoanele juridice privind impozitele, taxele locale și alte venituri datorate la bugetul local nr. **204520/23.03.2021** din care rezultă că acesta „NU” figurează cu creanțe bugetare către bugetul local (pag. 000353 din dosarul achiziției);
- Certificatul de atestare fiscală emis de DGFP Galați cu nr. **20890/19.03.2021** din care rezultă că ... „NU” are obligații fiscale bugetare principale/accesorii (pag. 000354 din dosarul achiziției).

Scopul solicitării certificatelor fiscale este de a asigura autoritățile contractante că potențialii ofertanți desemnați câștigători nu au datorii / creanțe restante la bugetul local/stat care să constituie un impediment la buna derulare și execuție a contractului de achiziție publică, motiv pentru care legiuitorul a stipulat în mod expres că aceste documente justificative **actualizate** vor fi solicitate **înainte de atribuirea contractului** de achiziție publică.

Consiliul nu va putea reține susținerile contestatorului potrivit căroră certificatele fiscale ar fi trebuit să reflecte situația datoriilor fiscale la data limită de depunere a ofertelor deoarece prevederile legale anterior citate stipulează în mod expres că aceste documente fiscale trebuie să fie actualizate, deci să reflecte situația acestora la momentul solicitării și nu retroactiv.

Având în vedere:

- termenul relativ scurt stabilit pentru transmiterea acestor documente (aspect de altfel recunoscut de autoritatea contractantă în cadrul raportului procedurii nr. 29658/23.03.2021);

- dovada formulării cererii de eliberare a certificatelor fiscale în cauză aflată la dosarul cauzei;

și

- ținând seama de faptul că ambele certificate fiscale actualizate au fost emise fie anterior fie concomitent cu data finalizării evaluării ofertelor (respectiv data întocmirii raportului procedurii și a comunicării rezultatului),

Consiliul reține că acest demers al autorității contractante respectă dispoziția legală mai sus iterată.

Față toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul urmează să admită în parte contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu, în ceea ce privește modalitatea de evaluare a ofertelor la loturile nr. 22 și nr. 29 iar, pe cale de consecință, va anula raportul procedurii și actele subsecvente aferente acestor loturi și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor în termen de 10 zile de la comunicare.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondate criticile aferente Lotului nr. 8.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite în parte contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu, în ceea ce privește modalitatea de evaluare a ofertelor la loturile nr. 22 și nr. 29 iar, pe cale de consecință, anulează raportul procedurii și actele subsecvente aferente acestor loturi și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor aparținând ... (lotul 22), ..., ... și ... (lotul 29) în termen de 10 zile de la comunicare.

Respinge ca nefondate criticile aferente Lotului nr. 8.

Obligatorie.

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

în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare
...

PREȘEDINTE
...

Consilier de soluționare
...

Redactat practicaua deciziei
...

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 22 (douăzeci și două) pagini