

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

DECIZIE

Nr. ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 56977/09.09.2024, depusă de ... SRL, cu sediul social în .., înregistrată în Registrul Comerțului sub nr. .., având CUI .., reprezentată convențional prin B..., cu sediul în București, str. .., unde solicită comunicarea tuturor actelor procedurale, privind procedura de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect .., Cod CPV32420000-3 Echipament de rețea (Rev.2), de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat:

- anularea raportului procedurii nr. 572067/30.08.2024, prin care oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, iar procedura a fost anulată, precum și a tuturor actelor subsecvente vătămătoare;
- anularea comunicării rezultatului procedurii nr. 572067/1/30.08.2024;
- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire, prin reevaluarea ofertei sale.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul ... SRL critică rezultatul procedurii, comunicat prin adresa nr. 572067/1/30.08.2024 și raportul procedurii nr. 572067/30.08.2024, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea menționează că a fost singurul ofertant care a depus toate documentele în cadrul procedurii în cauză.

După depunerea ofertei, comisia de evaluare a emis solicitări de clarificări, respectiv:

(i) Prin solicitarea de clarificare nr. 571566/1 din 31.07.2024, comisia de evaluare i-a solicitat să furnizeze clarificări privind informațiile publice, regăsite în SEAP, privind emiterea Documentului constatat

negativ nr. 220254/18.06.2024, înregistrat în SEAP sub nr. AD1129614, publicat la data 09.07.2024 („Documentul Constatator”).

Societatea sa a răspuns clarificărilor solicitate prin adresa nr. 10070824/07.08.2024, la care a atașat clarificările și înscrisurile solicitate.

(ii) Prin solicitarea de clarificare nr. 571853/1 din 20.08.2024, comisia de evaluare i-a solicitat să prezinte documente-suport/dovezi pentru demonstrarea celor prezentate în DUAE, precum și documente suplimentare în susținerea răspunsului menționat anterior.

Societatea sa a răspuns clarificărilor suplimentare solicitate prin adresa nr. 1210824/21.08.2024, prin care a furnizat toate dovezile și explicațiile necesare.

Contestatoarea arată că lista documentelor depuse și datele principale ale ofertei au fost consemnate de către comisia de evaluare în procesul-verbal al ședinței de accesare a ofertelor, înregistrat cu nr. 571029/27.06.2024.

În urma verificării îndeplinirii condițiilor de participare și a cerințelor minime asociate, prin raportul procedurii nr. 572067/30.08.2024, nicio ofertă nu a fost declarată inacceptabilă/neconformă/neadecvată de către comisia de evaluare.

Cu toate acestea, comisia de evaluare a concluzionat că oferta sa se încadrează în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) coroborat cu art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016, întrucât la data de 09.07.2024 a fost publicat în SEAP Documentul Constatator negativ nr. 220254/18.06.2024 înregistrat în SEAP cu nr. ... din care rezultă că respectivul contract nu a fost îndeplinit în mod corespunzător, motiv pentru care contractul a fost reziliat, cu prejudicii aduse autorității contractante (..).

Comisia de evaluare a concluzionat că răspunsurile la solicitările de clarificare nu sunt concludente, iar oferta este considerată inacceptabilă conform dispozițiilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016. Totodată, în conformitate cu prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) coroborat cu art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016, comisia de evaluare a exclus ... din procedura de atribuire și, potrivit art. 212 alin. (1) lit. a) din aceeași lege, a propus anularea procedurii de atribuire.

Contestatoarea arată că autoritatea contractanta i-a comunicat adresa nr. 572067/1 din data de 30.08.2024, privind rezultatul procedurii de atribuire, prin care oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă iar procedura a fost anulată.

1. Cadrul legal aplicabil

Autoarea contestației invocă prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8), precum și cele ale art. 171 alin. (1), (2), (3) și (5) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, susține că CNSC, în numeroase decizii, a reținut că dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 transpun

prevederile art. 57 alin. (4) lit. g) din Directiva 2014/24/UE, iar motivul reglementării acestei cerințe de excludere se regăsește în cadrul considerentului 101 par. (2) și (3) al Directivei 2014/24/UE.

Față de aceste aspecte, Consiliul a reținut că atât legiuitorul comunitar, cât și cel național (textele art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 fiind similare celor art. 57 alin. (4) lit. g) din Directiva nr. 2014/24/UE), a conferit autorității contractante competența:

- să constate deficiențele semnificative sau cele care persistă în îndeplinirea obligațiilor de fond din cadrul unui contract de achiziții încheiat anterior, contract care ulterior fie a fost reziliat, fie a implicat plata unor daune interese, fie au fost aplicate alte sancțiuni comparabile; legiuitorul român definind la art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016 ce înțelege prin noțiunea de încălcări grave ale obligațiilor contractuale, definiție care a avut la bază teza finală a para. (2) și a para. (3) din cadrul considerentelor 101 din Directiva nr. 2014/24/UE antementionate;

- prin folosirea conjuncției disjunctive „sau” în cadrul lit. g) alin. (1) art. 167 din Legea nr. 98/2016 legiuitorul a impus îndeplinirea unor condiții alternative și nu cumulative.

Față de aceste aspecte, contestatoarea precizează că atât legiuitorul comunitar, cât și cel național, în cadrul noii directive în domeniul achizițiilor a dorit să facă o distincție clară între noțiunile de „*abatere profesională gravă*” și „*deficiențe semnificative ale obligațiilor contractuale*”.

În speța de față, pentru a uza de dreptul conferit de norma legală anterior reiterată, respectiv de a exclude un ofertant din cadrul procedurii, petenta consideră că autoritatea contractantă trebuia să verifice dacă sunt îndeplinite următoarele condiții:

- a) ofertantul să fi încălcat grav sau repetat în ultimii 3 ani obligațiile principale în cadrul unui contract de achiziție publică al unui contract de achiziții publice, de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior; și

- b) încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale să fi condus la una din următoarele consecințe (sancțiuni): încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese, alte sancțiuni comparabile.

Condițiile arătate sunt completate de precizarea adusă prin art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, precizare citată anterior, în sensul că perioada de timp scursă de la momentul la care s-au petrecut evenimentele (încălcările obligațiilor principale) să nu fi depășit o perioadă de 3 ani.

În același timp, contestatoarea precizează că alin. (8) al art. 167 din Legea nr. 98/2016 aduce lămuriri asupra modului în care vor fi interpretate încălcările grave ale obligațiilor contractuale, prezentând exemple concrete, printre acestea regăsindu-se și deficiențele

semnificative ale serviciului furnizat, ceea ce le face inutilizabile pentru scopul propus.

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

a) să elibereze un exemplar al documentului constatator contractantului;

b) să păstreze un exemplar la dosarul achiziției publice”.

Iar potrivit alineatului următor: *„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”.*

2. În opinia contestatoarei, excluderea sa din procedura de achiziție, fără o verificare corespunzătoare a măsurilor/clarificărilor prezentate, este nelegală.

Astfel, contestatoarea precizează că, deși a prezentat explicații și dovezi clare și pertinente în răspunsurile oferite autorității contractante la cele două solicitări de clarificări în legătură cu documentul constatator negativ în baza căruia a fost declarată inacceptabilă oferta, cu toate acestea autoritatea nu le-a analizat nici măcar superficial, excluzând direct oferta sa.

Motivarea formală a deciziei de respingere a ofertei ca inacceptabilă trebuia fundamentată pe o evaluare temeinică a documentelor constatatoare avute în vedere, iar nu pe o analiză superficială, de natură a încălca principiul nediscriminării și principiul tratamentului egal al ofertanților, dar și a dreptului la apărare al său.

Astfel, conform prevederilor dreptului european, nu se acceptă excluderea automată a operatorului economic, ci doar după ce analiza efectuată în procesul de evaluare, printr-o apreciere concretă și individualizată, relevă o culpă evidentă, o intenție culpabilă sau o gravă neglijență, având consecințe de o gravitate considerabilă.

Or, niciunul dintre elementele expuse anterior nu este dovedit de comunicarea rezultatului procedurii, autoritatea contractantă limitându-se la a arăta doar că există respectivul document constatator negativ, fără însă a verifica și explica de ce apreciază că sunt îndeplinite condițiile de excludere, respectiv de ce dovezile de credibilitate aduse de societatea sa nu sunt suficiente.

În susținerea celor precizate, petenta invocă jurisprudența CJUE și CNSC (Hotărârea CJUE din data de 30.01.2020 în cauza C-395/18, decizia CNSC nr. 404/C11/282/15.03.2019, precum și alte decizii CNSC).

De asemenea, menționează că, în cauza de față, prin excluderea ... și anularea procedurii, autoritatea contractantă nu a respectat nici

principiul proporționalității, care reprezintă un principiu fundamental al dreptului european, reglementat *expressis verbis* pentru prima dată, în materia achizițiilor publice, prin Directiva 2014/24/UE și transpus în dreptul național atât prin Legea nr. 99/2016, cât și prin Legea nr. 98/2016.

Astfel, contestatoarea arată că în dreptul comunitar s-a statuat faptul că principiul proporționalității trebuie analizat sub 3 aspecte importante:

- dacă măsura este un mijloc corespunzător pentru realizarea obiectivului;
- dacă măsura este necesară pentru realizarea obiectivului;
- dacă există o legătură rezonabilă între măsură și obiectiv.

Însă, în cazul de față, autoritatea contractantă nu doar că a exclus într-un mod nejustificat oferta sa, dar prin această excludere a contravenit principiului european susnumit și prin aceasta a ajuns de a nu avea nicio altă ofertă, procedura fiind anulată, ceea ce a condus inclusiv la vătămarea în mod grav a interesului public.

În continuare, invocă Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C- 157/96, pct. 60, și precizează că drepturile entităților contractante nu trebuie privite drept o cauză de eliminare a competitorilor, scopul urmărit fiind acela de a asigura o competiție și de a nu înlătura ofertanții care produc dovezi care atestă credibilitatea lor.

Fiind vorba despre un drept al autorității contractate, în cazul de față acțiunea comisiei de evaluare este abuzivă, în măsura în care se încalcă principiul proporționalității între condițiile de participare impuse de entitatea contractantă și scopul urmărit de aceasta. Este evident faptul că autoritatea contractantă nu a dat dovada de bună-credință în momentul respingerii ofertei, aceasta exercitând-și dreptul de o manieră abuzivă, în contextul în care a ignorat numeroasele dovezi în sensul credibilității societății, astfel cum rezultă din cele două răspunsuri la solicitările de clarificări.

Contestatoarea invocă și decizia Curții Supreme a Țărilor de Jos, în cauza C-171/15.

De asemenea, precizează că autoritatea, prin comisia de evaluare, este ținută să respecte principiul egalității de tratament și cel al proporționalității, efectul acestora în asigurarea securității juridice a procedurii de atribuire fiind influențat, în mod direct, de evaluarea individuală a ofertanților, prin filtrul documentelor înaintate de către aceștia și, ulterior, clarificate de comisia de evaluare.

Or, conduita autorității contractante din speța de față nu poate convinge asupra faptului că aceasta a înțeles că operațiunea de verificare (evaluare) a ofertelor nu este una abstractă. În lipsa unor verificări dictate expres de art. 171, activitatea de evaluare a ofertelor devine una conjuncturală, subiectivă și arbitrară, comisia de evaluare putând să

respingă sau să declare admisibilitatea unei oferte, chiar dacă ea nu este pe deplin justificată.

3. Clarificările prezentate în legătură cu documentul constatator negativ și dovada credibilității

Contestatoarea menționează că potrivit dispozițiilor art. 171 alin. (2) din Legea nr. 98/2016: „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 contractanta nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire.”

Faptul că art. 171 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 permite autorității contractante să evalueze credibilitatea unui operator economic chiar și în situația în care acesta este condamnat printr-o hotărâre judecătorească de comiterea infracțiunilor prevăzute la art. 164 din Lege (constituirea de grup infracțional organizat, acte de terorism etc.), este evident că o astfel de evaluare poate opera și în cazul unor fapte mai puțin grave, cum sunt cele prevăzute de art. 167 din Lege.

În acest sens, simpla existență a unui document constatator negativ nu poate conduce la excluderea automată a unui ofertant din cadrul unei proceduri de atribuire, având în vedere că Directiva nr. 24/2014/CE (art. 57 și urm.) a introdus procedura de self-cleaning, care-i permite unui operator economic să facă dovada fiabilității/credibilității sale, chiar și în situația în care se află într-o situație de excludere. De asemenea, susține că în același sens sunt și concluziile speței 1052, regăsită în Biblioteca de spețe a ANAP, pe care o citează.

Astfel, în raport de prevederile art. 634 din Codul de procedură civilă, contestatoarea consideră că până la pronunțarea unei hotărâri definitive orice ofertant este îndreptățit să completeze în DUAE cu mențiunea „NU” la rubrica „încetare anticipată, daune interese sau alte sancțiuni”.

Având în vedere cele de mai sus, contestatoarea menționează că a prezentat explicații detaliate și a adus dovezi concrete în legătură cu motivele/cauzele care au dus la emiterea de către ... a Documentului Constatator negativ, prin răspunsurile la solicitările de clarificări, respectiv: adresele sale nr. 10070824/07.08.2024 și nr. 1210824/21.08.2024.

Astfel, a arătat că Documentul constatator publicat pe SEAP sub nr. .. a fost emis în legătură cu Contractul de achiziție publică nr. 281/22.09.2021, care a fost încheiat între ..), în calitate de autoritatea contractantă, și asocierea de firme („Asocierea”) formată din . („...”) și ...

Contractul de achiziție publică nr. 281/22.09.2021 a fost modificat succesiv (Contractul inițial semnat, împreună cu actele adiționale, vor fi denumite în continuare în mod colectiv „Contractul”).

Obiectul Contractului constă în achiziția a 465 complete fixe de control EES, a 409 dispozitive mobile de control EES, a unei platforme de

management centralizat dispozitive mobile de control, a 134 cititoare fixe de documente de calatorie/vize și a 29 cititoare fixe de amprente.

... nu a deținut și nu deține dreptul de a produce dispozitivele mobile de control ID Screen, așa încât nu ar fi putut să producă dispozitivele mobile de control ID Screen pentru Contractul nr. 281/2021.

Astfel cum rezultă din extrasul din oferta tehnică depusă de Asociere în cadrul procedurii de atribuire a Contractului nr. 281/2021, dispozitivele mobile ofertate au fost ... ID Screen, produs al

De altfel, ... nu a mai participat la niciun alt proiect în care să fi furnizat astfel de dispozitive mobile de control, experiența similară pentru dispozitive mobile, pentru procedura Contractului nr 281/2021, fiind furnizată exclusiv de

Asocierea .. a predat toate dispozitivele care formează obiectul Contractului, iar toate dispozitivele, cu excepția celor 409 dispozitive mobile, au fost recepționate de către ... ca fiind conforme cu Contractul. În mod corespunzător, toate sumele datorate potrivit Contractului de către ... pentru dispozitivele recepționate au fost achitate către Asociere.

În ceea ce privește dispozitivele mobile, deși acceptanta cantitativă a acestora a avut loc, ... a respins în mai multe rânduri recepția dispozitivelor mobile, invocând pretinsa nerespectare a unor cerințe care însă nu se regăseau în documentația de atribuire, ci reprezentau funcționalități suplimentare ale dispozitivelor mobile.

Cu bună credință, cei doi membri ai asocierii, ... și ..., au depus de-a lungul executării Contractului eforturi constante pentru a răspunde solicitărilor suplimentare ale ..., urmărind de fiecare dată scopul final ca proiectul să fie implementat cu succes.

În ciuda eforturilor Asocierii, ... a comunicat Adresa nr. 219722 prin care a reziliat Contractul în ceea ce privește cele 409 dispozitive mobile („Notificarea de Reziliere”).

În Notificarea de Reziliere, ... a menționat că a reziliat Contractul exclusiv în ceea ce privește obligația de furnizare a 409 dispozitive mobile de control, începând cu data notificării, în contextul respingerii recepției cantitative și calitative a celor 409 dispozitive mobile de control EES, ca urmare a neremedierii neconformităților constatate la recepțiile anterioare, precum și faptului că până la data ultimei recepții (25.04.2024) au fost înregistrate 725 de zile de întârziere pentru 391 dispozitive mobile de control și 435 zile de întârziere pentru 18 dispozitive mobile de control.

Membrii Asocierii au contestat măsura rezilierii, solicitând în fața Tribunalului București anularea acesteia pentru nelegalitate, fiind format astfel dosarul nr. ..., cu termen de judecată la data de 04.10.2024.

... a menționat în cuprinsul Documentul Constatator următoarele:

- „Contractul nu a fost îndeplinit corespunzător”;
- „Nerespectarea termenelor contractuale de livrare produse/prestare servicii/executare lucrări din culpă: au fost calculate

penalități pentru nelivrarea echipamentelor în termenele contractuale asumate, în valoare totală de 7.229.484,29 lei, din care a fost plătită suma de 2.456.391,48 lei";

- *„Rezilierea contractului”;* contestatoarea menționează că este vorba de o reziliere parțială și pentru obligații contractuale care erau în sarcina asociatului ..., iar nu ...;

- *„Prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului: pierderea finanțării externe nerambursabile ca urmare a nelivrării celor 409 dispozitive mobile EES, respectiv valoarea de 4.844.605 lei fără TVA din care 3.633.453,75 lei - finanțare externă din Fondul pentru Securitatea Internă: componenta pentru frontiere și vize, și 1.217.757,25 lei - cofinanțare națională”.*

Cu privire la legalitatea și temeinicia Documentului Constatator, ... a solicitat, în mod prompt, în instanță, prin două acțiuni distincte:

i) atât suspendarea Documentului Constatator - dosar nr. .., aflat pe rolul Tribunalului București, fără a exista o hotărâre definitivă la acest moment, cât și

ii) anularea Documentului Constatator - dosar nr. ... cu prim termen de judecată la 07.10.2024.

Astfel, ... a depus toate eforturile și a luat toate măsurile disponibile conform legii pentru a dovedi nelegalitatea Documentului Constatator și a publicării acestuia pe SEAP și a măsurii rezilierii Contractului (la care s-a raportat ... în emiterea Documentului Constatator) și, nu în ultimul rând, pentru a arăta că penalitățile stabilite de ... nu sunt datorate de către

Astfel cum a susținut și în fața Comisiei de evaluare, situația privind executarea Contractului în legătură cu care a fost emis Documentul Constatator negativ este una complexă, Contractul însuși fiind un contract complex, nicidecum un contract standard de achiziție publică de produse. Considerarea acestei complexități și a particularităților la implementare (ex. completele fixe parte a obiectului Contractului a trebuit să fie instalate și date în folosință în toate punctele de trecere a frontierei României) ar fi trebuit să ghideze și acțiunea ... în aplicarea măsurii rezilierii Contractului, cu atât mai mult cu cât nici nu a propus un mecanism de conciliere amiabilă în prealabil.

Măsura rezilierii Contractului (ea însăși discutabilă în sine astfel cum a precizat mai sus) a fost dispusă de ... exclusiv ca urmare a întârzierilor în legătură cu o mică parte din obiectul Contractului, anume pentru cele 409 dispozitive mobile de control EES, în valoare totală de aprox. 4.539.900 lei (din valoarea totală a Contractului de aproximativ 24 milioane lei).

Astfel, Contractul nr. 281/22.09.2021 modificat și completat prin actele adiționale ulterioare, a avut ca obiect achiziționarea a 465 complete fixe de control EES, 409 dispozitive mobile de control EES, și

platforma de management centralizat dispozitive mobile de control, 734 cititoare fixe de documente de călătorie/vize și 29 cititoare fixe de amprente.

Valoarea totală a contractului a fost de 24.610.253 lei (fără) TVA și Asocierea a executat o parte semnificativă din obiectul Contractului.

Or, raportând în procente pretinsa neexecutare a contractului la valoarea executată din contract, până la data rezilierii, contestatoarea menționează că va obține un procent nesemnificativ din obligațiile din Contract rămase de executat, care nu ar fi trebuit să justifice măsura rezilierii (nici măcar în parte, astfel cum a fost dispusă), având în vedere și faptul că obiectul achiziției a fost conceput ca un întreg, iar nu pe loturi separate.

De asemenea, menționează că a demarat/susține acțiunile în instanță pentru a clarifica toate aspectele legate de Contract și Documentul Constatator, inclusiv pentru a apăra renumele pe care și l-a creat pe piața de profil, respectând de-a lungul timpului obligațiile pe care și le-a asumat în contracte și depunând toate eforturile pentru deblocarea de situații sau remedierea acestora, în măsura în care acestea se află exclusiv sub controlul său.

În ceea ce privește credibilitatea pe piața în care actionează, a arătat că ... este o companie românească cu capital integral privat, înființată în anul 2011, inovația și profesionalismul fiind componente esențiale ale eforturilor societății, de a răspunde în condiții optime cerințelor clienților, de a se detașa de competitori și de a crește profitabilitatea companiei. Societatea sa deține o expertiză profesională certificată în realizarea unor proiecte IT cu un nivel înalt de complexitate, care i-a recomandat în ultimii 12 ani în câștigarea unora dintre cele mai sofisticate și de anvergură proiecte din domeniul său de activitate. În continuare, contestatoarea enumeră clienții din parteneriatele/licitațiile publice câștigate în ultimii ani și susține că toate proiectele pentru clienții enumerați (și nu numai) au fost finalizate prin emiterea de documente constatatoare care atestau îndeplinirea corespunzătoare a obligațiilor contractuale, de-a lungul întregii activități ... primind un număr impresionant de documente constatatoare pozitive, inclusiv de la MAI și de la ... (acestea fiind depuse odată cu răspunsul la solicitările de clarificări din partea autorității contractante).

Totodată, contestatoarea menționează că a arătat că pe numele ... SRL a fost emisă Decizia nr. 233/12.07.2024 de Prim-Ministrul Marcel Ciolacu, având în vedere Hotărârea CSAT nr. . de avizare, privind acordarea autorizării pentru compania ... SRL privind utilizarea echipamentelor de infrastructura 5G (Monitorul Oficial nr.).

Din decizia ... de reziliere (parțială chiar) a Contractului 281/2021 anterior menționat, astfel cum apare în Documentul Constatator în forma în SEAP, nu trebuia să fie dedusă în mod automat declararea ofertei ... în procedura CN1068833 drept inacceptabilă, ci în urma unei analize atente

și minuțioase, ar fi trebuit de fapt să rezulte în mod neechivoc că ... a luat toate măsurile necesare și a justificat în mod exhaustiv faptul că nu se află în niciuna din ipotezele prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) coroborat cu art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016.

Executarea defectuoasă a contractului nr. 281/2021 ar trebui să fie în primul rând rezultatul unei atitudini a operatorului economic care denotă intenția culpabilă sau neglijență din partea sa. Gravitatea comportamentului pretins culpabil al operatorului economic trebuie să poată fi demonstrată nu atât prin faptul că a executat defectuos un contract sau o parte dintr-un contract, cât prin gravitatea prejudiciilor create datorită acestui comportament.

Or, în situația de față, comisia de evaluare ar fi trebuit să se raporteze la întreg Contractul nr. 281/2021, care a fost executat în proporție de aproximativ 85%, rezilierea fiind dispusă pentru o parte a contractului care a fost de asemenea executată, însă potrivit susținerilor ... (eronate, după cum se va dovedi în fata instanței de judecată) în mod necorespunzător, fiind calculate, în consecință și penalități (de asemenea, contestate în fata instanțelor de judecată). Cu atât mai puțin nu se poate susține că bunurile și serviciile care au făcut obiectul Contractului nr. 281/2021 sunt inutilizabile sau prezintă deficiențe majore, proiectul fiind implementat și funcțional la data emiterii Documentului constatator negativ, cu excepția dispozitivelor mobile descrise în cele de mai sus.

Totodată, în ceea ce privește pretinsul prejudiciu produs ..., menționat în Documentul Constatator negativ, contestatoarea precizează că acesta ar consta în pierderea temporară a unei finanțări nerambursabile, finanțare care poate fi accesată în continuare de către ..., în măsura în care se menține necesitatea achiziției de dispozitive similare celor pentru care a intervenit rezilierea. În continuare, contestatoarea invocă jurisprudența CNSC, prin care Consiliul a detaliat pașii urmați în cazul în care autoritatea contractantă se confruntă cu analiza ofertei unui operator economic susceptibil de a fi exclus din procedura de atribuire și susține că, din toate documentele depuse de societatea sa, rezultă în mod neîndoielnic faptul că ... este capabilă să ducă la bun sfârșit contractul preconizat, că are un renume și o reputație desăvârșite în piața produselor/serviciilor similare - dovadă în acest sens cele peste 85 de certificate constatatoare pozitive primite - și că a întreprins toate măsurile legale la îndemână la acel moment, pentru a combate cele menționate în Documentul Constatator negativ.

Pentru considerentele expuse, solicită admiterea contestației, astfel cum a fost formulată, cu obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertei sale, cu urmarea declarării acesteia drept conforme (iar nu inacceptabilă).

Totodată, contestatoarea solicită depunerea de către autoritatea contractantă, la dosarul CNSC, a tuturor documentelor care au stat la

baza emiterii actelor contestate și, în temeiul art. 19 din Legea nr. 101/2016, solicită încuviințarea studierii dosarului ce va fi înregistrat pe rolul CNSC, precum și fotocopierea înscrisurilor din dosar, după depunerea de către autoritatea contractantă, la dosarul CNSC, a tuturor documentelor care au stat la baza emiterii actelor contestate.

Prin adresa nr. 572194/11.09.2024, înregistrată la Consiliu sub nr. 57685/11.09.2024, autoritatea contractantă a formulat punct de vedere cu privire la contestația depusă de ... SRL, fiind transmis și dosarul achiziției.

Autoritatea menționează că ofertantul ... SRL a depus contestație cu privire la rezultatul procedurii de atribuire, comunicat acestuia prin adresa nr. 572067/1/30.08.2024, prin care i-a fost transmisă decizia de excludere din procedura de atribuire, în conformitate cu prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) coroborat cu art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016 întrucât răspunsurile ofertantului la solicitările de clarificare nu au fost concludente, iar oferta a fost considerată inacceptabilă conform prevederilor art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016.

Invocând prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, autoritatea arată că, pentru a fi exclus dintr-o procedură de atribuire în temeiul acestor prevederi, operatorul economic trebuie:

- fie să fi încălcat în mod grav obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziție publică, al unui contract de achiziție sectorială sau al unui contract de concesiune, încheiate anterior;
- fie să fi încălcat în mod repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziție publică, al unui contract de achiziție sectorială sau al unui contract de concesiune, încheiate anterior, și, în același timp, respectivele încălcări să fi condus:
 - fie la încetarea anticipată a respectivului contract,
 - fie la plata de daune-interese,
 - fie la alte sancțiuni comparabile cu una dintre cele două menționate mai sus.

Prin urmare, pentru invocarea acestei situații de excludere, este suficientă îndeplinirea uneia dintre condițiile menționate în prima teză a art. 167 alin. (1) lit. g), cumulativ cu una dintre condițiile menționate în teza a doua, nefiind necesară îndeplinirea cumulativă a tuturor condițiilor prevăzute în prima teză, respectiv a tuturor celor prevăzute în a doua teză.

Comisia de evaluare a verificat încadrarea operatorilor economici ofertanți în această situație de excludere prin intermediul documentelor constatatoare emise de către alte autorități contractante în urma derulării unor contracte de achiziție publică cu operatorii economici în cauză.

Din analiza Documentului constatator negativ nr. 220254 din 18.06.2024, înregistrat cu nr. .. și publicat în SEAP la data de 09.07.2024, rezultă faptul că, contractul nu a fost îndeplinit în mod

corespunzător din culpa Asocierii S.C. ... S.R.L. (lider) și (asociat), motivat de nerespectarea termenelor contractuale de livrare a produselor. Pentru acest motiv contractul a fost reziliat de Inspectoratul General al Poliției de Frontieră, cu prejudicii aduse autorității contractante *„prin pierderea finanțării externe nerambursabile, ca urmare a nelivrării celor 409 dispozitive mobile de control EES, respectiv valoare de 4.844.605 lei fără TVA, din care 3.633.453,75 lei - finanțare externă din fondul pentru securitate internă, componenta pentru frontiere și vize și 1.211.151,25 lei - cofinanțare națională”*.

Cu toate acestea, legislația permite acceptarea în procedură a unui operator economic aflat în situația de excludere sus-menționată, (conform art. 171 din Legea nr. 98/2016, care transpune prevederile art. 57 paragraful (6) din Directiva 2014/24/UE) în cazul în care acesta poate furniza dovezi prin care să arate că a luat măsuri suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea, dovezi care se pot referi inclusiv la efectuarea de plăți sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate. Or, din analiza celor transmise de ofertantul ... SRL reiese fără tăgadă că acesta nu este de acord cu plata penalităților în cuantum de 4.296.351,84 lei în Contractul 281/2021, contestate de altfel în instanță. Comisa de evaluare a considerat, în mod corect, că operatorul economic putea da dovadă de credibilitate și bună credință prin plata acestor penalități către autoritatea contractantă prejudiciată până la soluționarea definitivă a cauzelor aflate pe rol.

Potrivit art. 166 alin. (4) din Anexa la H.G. nr. 395/2016, *„(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.”* Astfel că, prin publicarea Documentului constatator negativ nr. 220254/18.06.2024, înregistrat în SEAP cu nr. .. în SEAP, acesta a intrat în circuitul civil și produce efecte juridice până la o decizie contrară a instanței de judecată (suspendare și/sau anulare). Conform informațiilor publicate pe site-ul "Portalul instanțelor de judecată", cererea de suspendare a Documentului constatator negativ nr. 220254 din 18.06.2024 formulată de ... SRL, înregistrată sub nr. 22831/3/2024, a fost respinsă de către Tribunalul București la data de 03.09.2024.

În considerarea celor menționate, autoritatea solicită respingerea contestației ca nefondată.

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

În vederea atribuirii contractului având ca obiect *Achizitia unui Echipament de securitate cu subscripție și suport pe 3 ani și reînnoirea serviciului de subscripție tip appliance destinat protecției antispam și antivirus pentru traficul de mesagerie electronică, 32420000-3 Echipament de rețea (Rev.2)*, ..., în calitate de autoritate contractantă, a

inițiat procedura de licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ..

Din informațiile anunțului de participare amintit, s-a reținut că valoarea estimată a contractului de furnizare este de 693.000,00 lei, fără TVA, criteriul de atribuire este *cel mai bun raport calitate preț*, iar data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită pentru 26.06.2024, ora 15:00.

Nemulțumită fiind de rezultatul procedurii de atribuire, comunicat prin *Adresa nr. 572067/1/30.08.2024* și *Raportul procedurii nr. 572067/30.08.2024*, prin care oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, iar procedura a fost anulată, ... SRL a depus contestația în analiză, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea a constituit cauțiunea în sumă de 13.860,00 lei, conform art. 61¹ alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 210533820/1, eliberată de CEC Bank – Sucursala Gara de Nord, la data de 03.09.2024.

Referitor la fondul cauzei, Consiliul a luat în considerare prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016, conform căroră „La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederile Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară confidențiale (...)”.

Având în vedere cele mai sus reținute și dispozițiile legale mai sus invocate, Consiliul a admis solicitarea societății contestatoare de studiere a dosarului cauzei, însă ... SRL nu s-a mai prezentat la Consiliu în vederea studierii dosarului ahiziției

În conformitate cu dispozițiile art. 15 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, procedura de soluționare a contestațiilor se desfășoară cu respectarea principiilor legalității, celerității, contradictorialității, asigurării dreptului la apărare, imparțialității și independenței activității administrativ-jurisdicționale. Pe cale de consecință, Consiliul va lua în considerare apărările și argumentele aduse de petenți formulate și înregistrate la Consiliu până la data emiterii prezentei decizii.

Trecând la soluționarea cauzei, Consiliul constată că aceasta este îndreptată împotriva deciziei de respingere a ofertei contestatoarei comunicată cu *Adresa nr. 572067/1/30.08.2024*.

Motivele respingerii au fost următoarele:

Referitor la procedura de licitație deschisă aplicată pentru atribuirea contractului de achiziție publică de "Echipament de securitate tip appliance destinat protecției antispam și antivirus cu pachet A TP, și extinderea tip appliance destinat protecției antispam și antivirus pentru traficul de mesagerie electronică cu capabilități de operare în mod transparent(bridge), gateway(MTA) și server-FortiMail", Anunț de participare nr. CN1068968/16.05.2024, în conformitate cu prevederile art. 215, alin. (1) din Legea nr. 98/2016, vă informăm că oferta dumneavoastră a fost respinsă din următoarele motive:

Motivele care au stat la baza deciziei

În urma verificării documentelor-suport/dovezilor și a răspunsurilor la solicitările de clarificare, comisia de evaluare a constatat că informațiile preliminare din DUAE nu au fost

demonstrate, sens în care a respins oferta clasată pe primul loc și, întrucât nu mai există nicio altă ofertă admisibilă, procedura de atribuire se anulează în conformitate cu prevederile art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare.

În urma verificării documentelor-suport, precum și a răspunsurilor la solicitările de clarificare, depuse în vederea susținerii informațiilor declarate în DUAE și din documentele ce îl însoțesc, **comisia de evaluare a concluzionat faptul că ofertantul S.C. ... S.R.L. se încadrează în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) coroborat cu art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice**, cu modificările și completările ulterioare, întrucât la data de 09.07.2024 a fost publicat în SEAP Documentul constatat negativ nr. 220254/18.06.2024, înregistrat în SEAP cu nr. AD1129614. din care rezultă nereguli în ceea ce privește îndeplinirea corespunzătoare a contractului, motiv pentru care contractul a fost reziliat, cu prejudicii aduse autorității contractante (Inspectoratul General al Poliției de Frontieră) prin "pierderea finanțării externe nerambursabile ca urmare a nelivrării celor 409 dispozitive mobile de control EES, respectiv valoarea de 4.844.605,00 lei fără TVA ".

Având în vedere aspectele consemnate mai sus, **comisia de evaluare a concluzionat că răspunsurile ofertantului S.C. ... S.R.L. la solicitările de clarificare nr. 571566/1 din 31.07.2024 și nr. 571853/1 din 20.08.2024 nu sunt concludente, iar oferta este considerată inacceptabilă conform dispozițiilor art. 134 alin. (5) din Anexa la H.G. nr. 395/2016**, cu modificările și completările ulterioare.

Totodată, în conformitate cu prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) coroborat cu art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, comisia de evaluare exclude ofertantul din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică, deoarece și-a încălcat în mod grav obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract.

În concluzie, oferta a fost respinsă în conformitate cu prevederile art.137 alin. (1) din Anexa la H.G. nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Din economia celor precizate în actul de comunicare, Consiliul determină că membrii comisiei de evaluare au concluzionat că răspunsurile ... SRL la solicitările de clarificare nu sunt concludente, iar oferta este considerată *inacceptabilă* conform dispozițiilor art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016. Totodată, în conformitate cu prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) coroborat cu art. 167 alin. (8) din Legea 98/2016, comisia de evaluare *a exclus* ... SRL din procedura de atribuire și, potrivit art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016 a propus anularea procedurii de atribuire.

Analizând criticile formulate de autoarea contestației, Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de netemeinicia actului de comunicare a rezultatului procedurii, contestatoarea apreciind că respectivul act încalcă principiile proporționalității și al proporționalității, precum și prevederile art. 171 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 care impun autorității contractante să justifice în mod corespunzător decizia de excludere luată cu privire la un anumit operator economic.

Astfel, contestatoarea susține că, deși a prezentat explicații și dovezi clare și pertinente în răspunsurile oferite achizitoarei la cele două solicitări de clarificări în legătură cu documentul constatat negativ, în baza căruia a fost declarată inacceptabilă oferta, cu toate acestea, autoritatea nu le-a analizat, excluzând direct oferta ... SRL.

În concluzie contestatoarea precizează că în speța de față, conduita autorității contractante nu poate convinge asupra faptului ca

aceasta a înțeles că operațiunea de verificare (evaluare) a ofertelor nu este una abstractă rezultând astfel că, în lipsa unor verificări dictate expres de art. 171, din Legea nr. 98/2016, *activitatea de evaluare a ofertelor devine una conjunkturală, subiectivă și arbitrară, comisia de evaluare putând să respingă sau să declare admisibilitatea unei oferte, chiar dacă ea nu este pe deplin justificată.*

Argumentul decisiv adus de achizitoare în favoarea raționamentului care a stat la baza excluderii ofertantei ... SRL se bazează pe faptul că din analiza *Documentului constatator negativ nr. 220254 din 18.06.2024, înregistrat cu nr. .. și publicat în SEAP la data de 09.07.2024,* rezultă faptul că, contractul nu a fost îndeplinit în mod corespunzător din culpa Asocierii S.C. ... SRL.(LIDER) ȘI (ASOCIAT), motivat de nerespectarea termenelor contractuale de livrare a produselor. Pentru acest motiv contractul a fost reziliat de Inspectoratul General al Poliției de Frontieră, cu prejudicii aduse autorității contractante *„prin pierderea finanțării externe nerambursabile, ca urmare a nelivrării celor 409 dispozitive mobile de control EES, respectiv valoare de 4 844 605 lei fără TVA, din care 3 633 453,75 lei - finanțare externă din fondul pentru securitate internă, componenta pentru frontiere și vize și 1211151,25 lei - cofinanțare națională”.* Astfel din analiza răspunsurilor transmise de ofertanta ... SRL reiese că acesta nu este de acord cu plata penalităților în cuantum de 4.296.351,84 lei în Contractul 281/2021, contestate de altfel în instanță.

Comisa de evaluare a considerat că operatorul economic putea da dovadă de credibilitate și bună credință prin plata acestor penalități către autoritatea contractantă prejudiciată până la soluționarea definitivă a cauzelor aflate pe rol. Astfel, achizitoarea a făcut aplicarea dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) coroborat cu art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, potrivit căroră *autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care 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.*

Față de diferendul dedus judecății, Consiliul reține relevanța următoarelor dispoziții legale:

- Art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016:

(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. 171 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.

(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.

(4) În cazul în care operatorului economic 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, care produce efecte în România, prevederile alin. (1) - (3) nu sunt aplicabile pe toată perioada de excludere stabilită prin respectiva hotărâre.

(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:

a) dacă, în cazul faptelor prevăzute la art. 164, a expirat o perioadă de 5 ani de la data hotărârii definitive de condamnare;

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;

- Art. 166 din HG nr. 395/2016:

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

a) pentru contractele de furnizare atribuite printr-o procedură de atribuire: în termen de 14 zile de la data finalizării livrării produselor care fac obiectul respectivului contract/contract subsecvent și, suplimentar, în termen de 14 zile de la data expirării perioadei de garanție tehnică a produselor în cauză;

(...)

(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.

(5) Documentele constatatoare emise de autoritatea contractantă pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, pentru eventualele prejudicii se publică în SEAP, în termen de 60 de zile de la data emiterii, dar nu mai devreme de data expirării termenului pentru depunerea contestațiilor.

(5¹) Autoritatea contractantă are obligația de a actualiza în SEAP informațiile cu privire la documentul prevăzut la alin. (5) în termen de 5 zile de la momentul luării la cunoștință că situația de fapt ce a stat la baza emiterii respectivului document constatator trebuie modificată din cauze obiective.

(...)

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

- Art. 57 din Directiva nr. 24/2014/UE, transpusă în legislația națională:

(4) Autoritățile contractante **pot exclude** sau statele membre le **pot** solicita acestora să excludă de la participarea la o procedură de achiziție publică orice operator economic aflat în oricare din următoarele situații:

(...)

(b) dacă operatorul economic este în stare de faliment sau în situație de insolvență sau de lichidare, de administrare judiciară, de concordat preventiv, de încetare a activității sau în orice altă situație similară care rezultă în urma unei proceduri de aceeași natură prevăzute de legislația și reglementările naționale;

(c) dacă autoritatea contractantă poate demonstra prin mijloace adecvate că operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă, care pune sub semnul întrebării integritatea sa;

(...)

(g) dacă operatorul economic a dat dovadă de deficiențe semnificative sau persistente la îndeplinirea unei cerințe de fond prevăzute de un contract de achiziții publice anterior, de un contract anterior încheiat cu o entitate contractantă sau de un contract de concesiune anterior care au dus la încetarea anticipată a respectivului contract anterior, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile;

(...) În pofida literei (b) de la primul paragraf, statele membre pot solicita sau pot dispune posibilitatea pentru autoritatea contractantă de a nu exclude un operator economic care se află într-una dintre situațiile menționate la litera respectivă **atunci când autoritatea contractantă a stabilit că operatorul economic în cauză va fi capabil să execute contractul**, ținând cont de normele naționale aplicabile și de măsurile privind continuarea activității în cazul situațiilor menționate la litera (b).

(...)

(6) Orice operator economic care se află în una dintre situațiile menționate la alineatele (1) și (4) poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de operatorul economic sunt suficiente pentru a demonstra fiabilitatea acestuia, în ciuda existenței unui motiv relevant de excludere. Dacă astfel de dovezi sunt considerate suficiente, operatorul economic în cauză nu este exclus de la procedura de achiziție.

Vizavi de interpretarea dispozițiilor mai sus citate, sunt de amintit considerentele reținute de **Curtea de Apel Oradea** – Secția de Contencios Administrativ și Fiscal, prin **Decizia nr. ...**:

În interpretarea sistematică a acestor dispoziții legale rezultă că reprezintă un motiv de excludere facultativă din cadrul procedurii de atribuire încălcarea de către un ofertant, în mod grav sau repetat, a obligațiilor 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, în condițiile în care aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Caracterul facultativ al acestui motiv de excludere implică existența unui drept de apreciere proprie al autorității contractante care desfășoară procedura de atribuire cu privire la caracterul grav sau repetat al abaterii săvârșite de ofertant în executarea unui contract anterior și referitor la posibilitatea respectivului ofertant de a-și îndeplini corespunzător obligațiile care i-ar reveni dacă i s-ar atribui contractul pentru care se desfășoară procedura.

De asemenea, din interpretarea sistematică a dispozițiilor legale menționate, care transpun în dreptul intern legislația secundară a U.E. în materie de achiziții publice, rezultă că **dreptul autorității contractante de a aprecia dacă se impune sau nu excluderea ofertantului aflat în situația prevăzută de la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 mai cunoaște o limitare constând în obligația autorității contractante de a-i da posibilitatea ofertantului interesat să aducă dovezi privind luarea unor măsuri corective, de natură a înlătura cauzele care au determinat incidența motivului de excludere.**

Pe de altă parte, asupra caracterului adecvat pentru demonstrarea credibilității ofertantului al măsurilor luate de acesta din urmă, **autoritatea contractantă este de asemenea îndreptățită să aibă o apreciere proprie, însă această apreciere trebuie să fie una motivată.**

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

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

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

31. În al patrulea rând, potrivit articolului 57 alineatul (5) din Directiva 2014/24, autoritățile contractante trebuie să poată exclude un operator

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

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

Aceeași instanță europeană a făcut trimitere la cele mai sus

evocate și în Hotărârea din 3 octombrie 2019 în cauza C-267/18 Delta

Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA împotriva Companiei Naționale de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, **CJUE s-a pronunțat astfel:**

25. Astfel cum rezultă din modul de redactare a articolului 57 alineatul (4) din Directiva 2014/24, legiuitorul Uniunii a intenționat să încredințeze autorității contractante și doar acesteia, în faza de selecție a ofertanților, sarcina de a aprecia dacă un candidat sau un ofertant trebuie să fie exclus de la o procedură de achiziție publică (Hotărârea din 19 iunie

2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, punctul 34).

26. Această posibilitate de care dispune orice autoritate contractantă de a exclude un ofertant de la o procedură de achiziție publică este menită în special să îi permită să aprecieze integritatea și fiabilitatea fiecăruia dintre ofertanți. În special, cauza facultativă de excludere menționată la articolul 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24 coroborat cu considerentul (101) al acestei directive are la bază un element esențial al relației dintre ofertantul câștigător și autoritatea contractantă, și anume fiabilitatea ofertantului, pe care se întemeiază încrederea acordată acestuia de autoritatea contractantă (a se vedea în acest sens

Hotărârea din 19 iunie 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, punctele 29 și 30).

27. **Stabilirea unei relații de încredere între autoritatea contractantă și ofertantul câștigător presupune, așadar, ca această autoritate contractantă să nu fie în mod automat ținută de aprecierea făcută, în cadrul unui contract de achiziții publice anterior, de o altă autoritate contractantă, în special pentru a fi în măsură să acorde o atenție deosebită principiului proporționalității la momentul aplicării cauzelor facultative de excludere** (a se vedea în acest sens Hotărârea din 19 iunie 2019,

Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, punctele 30 și 32). **Astfel, acest principiu impune ca**

autoritatea contractantă să examineze și să aprecieze ea însăși faptele. În această privință, astfel cum a arătat domnul avocat general la punctul 32 din concluziile sale, din

modul de redactare a articolului 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24 reiese că neregula săvârșită de ofertant trebuie să fi fost suficient de gravă pentru a justifica, din perspectiva principiului proporționalității, rezilierea contractului.

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

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

(...)

37 (...) în cazul în care constată că sunt îndeplinite condițiile prevăzute la articolul 57 alineatul (4) litera (g) sau (h) din Directiva 2014/24, autoritatea contractantă trebuie, pentru a respecta prevederile articolului 57 alineatul (6) din această directivă coroborat cu considerentul (102) al directivei menționate, să lase posibilitatea operatorului economic în cauză să furnizeze

dovezi care să ateste că măsurile corective pe care acesta din urmă le-a luat sunt suficiente

pentru a evita repetarea neregularității aflate la originea rezilierii contractului de achiziții publice anterior și că, prin urmare, acestea sunt de natură să demonstreze fiabilitatea sa în pofida existenței unei cauze facultative de excludere relevante.

În mod judicios a reținut Consiliul că, raportat la normele legale incidente și la jurisprudența C.J.U.E. în materie, rezultă că în ipoteza existenței unui motiv de excludere facultativă, **existența unui document constatat al situației nu conduce în mod automat la excludere**, iar pe de altă parte, că, prezentarea unor dovezi privind măsurile luate de ofertant pentru înlăturarea cauzelor care au condus la neexecutarea contractului anterior poate să convingă sau poate să nu convingă autoritatea contractantă cu privire la credibilitatea prezentă a ofertantului.

Din interpretarea tuturor acestor dispoziții legale, rezultă faptul că autoritatea contractantă are obligația de a exclude operatorul care se află în situațiile de excludere prevăzute la art. 167 din Legea nr. 98/2016 [în speță, lit. g)], operator care, la rândul său, are posibilitatea de a furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea; de aici, concluzia că, pe de o parte, existența unui document constatat al situației nu conduce în mod automat la excludere, iar pe de altă parte, că, prezentarea unor astfel de dovezi poate sau nu să convingă autoritatea contractantă, care-și poate asuma răspunderea de a păstra în procedură ofertantul.

Prin urmare, autoritatea contractantă dispune de un **drept de apreciere** în ceea ce privește excluderea din procedură, în cazul incidenței situației prevăzute la art. 167 lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Însă, stabilirea incidenței acestei situații de excepție este lăsată la aprecierea autorității contractante, aspect în strânsă legătură cu principiul asumării răspunderii statuat de art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016, *comisiei de evaluare revenindu-i sarcina de a stabili dacă prin documentele depuse, ofertantul dovedește că are capacitatea de a furniza bunurile ce fac obiectul prezentei proceduri de atribuire.*

Această concluzie este susținută și de interpretarea gramaticală a dispozițiilor art. 171 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 potrivit cu care: ***„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”.***

Așadar, operatorul economic aflat într-una din situațiile de excludere trebuie să prezinte **dovezi suficiente**, de natură a demonstra **în concret și a convinge autoritatea contractantă de credibilitatea sa.**

Prin urmare, dispozițiile invocate instituie, pe de o parte, **posibilitatea operatorului economic** aflat într-una din situațiile de excludere, de a aduce dovezi concrete **pentru a convinge autoritatea contractantă de credibilitatea sa**, iar pe de altă parte, **dreptul autorității contractante de a aprecia suficiența acestor dovezi.**

Revenind la speță, din documentele depuse, rezultă că autoritatea contractantă trebuie să își exercite dreptul de apreciere în limitele impuse de lege, în sensul că are posibilitatea de a exclude sau, dimpotrivă, de a păstra operatorul economic în procedură, în cazul în care s-a făcut dovada că au fost adoptate măsuri concrete și adecvate, suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

Datele speței pe scurt sunt următoarele:

- prin intermediul *Adresei nr. 571566/1 din 31.07.2024*, comisia de evaluare a solicitat ... SRL să furnizeze clarificări vizavi de informațiile publice, regăsite în SEAP, privind emiterea *Documentului constatat negativ nr. 220254/18.06.2024, înregistrat în SEAP sub nr. .. publicat la data 09.07.2024*, respectiv:

1. Vă solicităm să clarificați informațiile publice ce se regăsesc în SEAP, cu privire la emiterea Documentului constatat negativ nr. 220254/18.06.2024, înregistrat în SEAP cu nr. AD1129614, publicat în data de 09.07.2024, din care rezultă rezilierea contractului.

2. Vă solicităm să clarificați informațiile publice ce se regăsesc pe site-ul www.consiliulconcurentei.ro, cu privire la Decizia nr. 80/06.06.2023 privind constatarea încălcării dispozițiilor art. 5 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1996, republicată, cu modificările și completările ulterioare și ale art. 101 alin. (1) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene și sancționarea ... S.R.L.

- ... SRL a răspuns clarificărilor solicitate prin *Adresa nr. 10070824/07.08.2024*, la care a atașat clarificările și înscrisurile solicitate respectiv:

Referitor la întrebarea nr. 1 din adresa menționată mai sus: Se solicită clarificări privind informațiile publice ce se regăsesc în SEAP, cu privire la emiterea documentului constatator negativ nr. 220254/18.06.2024, înregistrată în SEAP cu nr. ... publicat în data de 09.07.2024, din care rezultă rezilierea contractului - transmitem documentul „Clarificări privind certificat constatator negativ.pdf.p7s”.

Referitor la întrebarea nr. 2 din adresa menționată mai sus: Se solicită clarificări privind informațiile publice ce se regăsesc pe site-ul www.consiliulconcurentei.ro, cu privire la Decizia nr. 80/06.06.2023 privind constatarea încălcării dispozițiilor art. 5 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1996, republicată, cu modificările și completările ulterioare și ale art. 101 alin. (1) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene și sancționarea ... S.R.L. - transmitem documentele „Opinie F...”.

- Se rețin precizările din cuprinsul *Anexei-Clarificări privind certificat constatator negativ.pdf.p7s*”

Clarificări privind informațiile publice de pe SEAP cu privire la emiterea documentului constatator nr. 220254/18.06.2024 înregistrat în SEAP cu nr. ...

Documentul constatator publicat pe SEAP sub nr. .. (denumit în continuare "Documentul Constatator") a fost emis în legătură cu Contractul de achiziție publică nr. 281/22.09.2021.

A. Elemente preliminare privind Contractul de achiziție publică nr. 281/22.09.2021

Contractul de achiziție publică nr. 281/22.09.2021 a fost încheiat de autoritatea contractantă ... (denumit în continuare „...”) cu asocierea de firme (denumită în continuare „Asocierea”) formată din ... (denumită în continuare „...”) și ... SRL (denumită în continuare „...”).

Contractul de achiziție publică nr. 281/22.09.2021 a fost modificat succesiv (Contractul inițial semnat, împreună cu actele adiționale, vor fi denumite în continuare în mod colectiv "Contractul").

Obiectul Contractului: achiziția a 465 complete fixe de control EES, a 409 dispozitive mobile de control EES, a unei platforme de management centralizat dispozitive mobile de control, a 134 cititoare fixe de documente de călătorie/vize și a 29 cititoare fixe de amprente; Anexa 1 la caietul de sarcini detaliază cerințele tehnice și operationale ale echipamentelor EES obiect al Contractului.

Asocierea ...-... a predat toate dispozitivele care formează obiectul Contractului, iar toate dispozitivele, cu excepția celor 409 dispozitive mobile, au fost recepționate de către ... ca fiind conforme cu Contractul. În mod corespunzător, toate sumele datorate potrivit Contractului de către ... pentru dispozitivele recepționate au fost achitate către Asociere.

În ceea ce privește dispozitivele mobile, deși acceptanța cantitativă a acestora a avut loc, ... a respins în mai multe rânduri recepția dispozitivelor mobile, invocând pretinsa nerespectare a unor cerințe care însă nu se regăseau în documentația de atribuire, ci reprezentau funcționalități suplimentare ale dispozitivelor mobile. Cu bună credință, cei doi membri ai Asocierii, ... și ..., au depus de-a lungul executării Contractului eforturi constante pentru a răspunde solicitărilor suplimentare ale ..., urmărind de fiecare dată scopul final ca proiectul să fie implementat cu succes.

În ciuda eforturilor Asocierii, ... a comunicat Adresa nr. 219722 prin care a reziliat Contractul în ceea ce privește cele 409 dispozitive mobile (denumită în continuare "Notificarea de reziliere"). În Notificarea de reziliere, ... a menționat că a reziliat Contractul exclusiv în ceea ce privește obligația de furnizare a 409 dispozitive mobile de control, începând cu data notificării, în contextul respingerii recepției cantitative și calitative a celor 409 dispozitive mobile de control EES, ca urmare a neremedierii neconformităților constatate la recepțiile anterioare, precum și faptului că până la data ultimei recepții (25.04.2024) au fost înregistrate 725 de zile de întârziere pentru 391 dispozitive mobile de control și 435 zile de întârziere pentru 18 dispozitive mobile de control.

Membrii Asocierii au contestat măsura rezilierii solicitând în fața Tribunalului București anularea acesteia pentru nelegalitate, fiind format astfel dosarul nr. 19985/3/2024, cu prim termen de judecată la data de 21.08.2024.

B. Clarificări privind Documentul Constatator În ceea ce privește Documentul Constatator, vă rugăm să aveți în vedere următoarele:

- (i) Documentul Constatator a fost publicat pe SEAP în data 09.07.2024;
- (ii) Documentul Constatator a fost emis pe numele Asocierii (NU doar pe numele ... SRL, deși în SEAP, la consultarea înscrisului nr. AD1129614, este indicat în mod eronat drept

contractant doar ... SRL); cu toate acestea, din cuprinsul Documentului Constatator reiese că acesta a fost emis pe numele Asocierii;

(iii) Documentul Constatator în fapt un document constatator primar (este menționat expres în cuprinsul său faptul că este "inițial"), deci NU este un document constatator final;

(iv) Documentul Constatator se referă la Contractul de achiziție publică nr. 281/22.09.2021;

(v) ... a menționat în Documentul Constatator că:

- "Contractul nu a fost îndeplinit corespunzător";
- „Nerespectarea termenelor contractuale de livrare produse/prestare servicii/executare lucrări din culpă: au fost calculate penalități pentru nelivrarea echipamentelor în termenele contractuale asumate, în valoare totală de 7.229.484,29 lei, din care a fost platită suma de 2.456.391,48 lei”;

- „Rezilierea contractului”; MENȚIONĂM CĂ ESTE VORBA DE O REZILIERE PARȚIALĂ

- „Prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului: pierderea finanțării externe nerambursabile ca urmare a nelivrării celor 409 dispozitive mobile EES, respectiv valoarea de 4.844.605 lei fără TVA din care 3.633.453,75 lei - finanțare externă din Fondul pentru Securitatea Internă: componenta pentru frontiere și vize, și 1.211.151,25 lei - cofinanțare națională.”

(vi) ... a solicitat în mod prompt, în instanță, prin două acțiuni distincte, atât suspendarea Documentului Constatator (....) pentru că Documentul Constatator este nelegal, fiind emis de ... cu încălcarea prevederilor legale, respectiv pentru că:

a) A fost emis cu încălcarea dispozițiilor art. 166 din HG nr. 395/2016 , fiind emis pe numele contractanților asociați (... și ...), deși însăși ANAP precizează că în cazul contractelor încheiate cu o asocierie de operatori economici, autoritatea contractantă să emită un singur document constatator, dar care trebuie să cuprindă informații privind îndeplinirea și/sau neîndeplinirea obligațiilor contractuale pentru fiecare asociat în parte, în conformitate cu acordul de asociere, anexa la contractul de achiziție publică, și cu procesele verbale de recepție încheiate;

b) ... nu a oferit în Documentul Constatator o motivare/detaliere a obligațiilor neexecutate de către fiecare asociat/contractant, respectiv de către ... și separat de către ...; absența motivării și argumentării, în cadrul Documentului Constatator, pentru fiecare dintre asociați/contractanți în ceea ce privește partea din contract neexecutată; solidaritatea pasivă a asociaților în cadrul unei asocieri formate pentru participarea la o procedură de achiziție publică conform legii 98/2016, ca în cazul de față, nu poate fundamenta LIPSA MOTIVELOR pentru care a fost emis Documentul Constatator, pentru fiecare contractant - ... și ..., astfel cum rezulta în mod neechivoc din interpretarea dispozițiilor art. 166 alin. 1 și alin. 3 din H.G. nr. 395/2016.

Prin urmare, în acest fel, nu a fost permis persoanelor interesate (ex. ...) să cunoască justificările măsurii adoptate de ... pentru a putea să își apere drepturile și să verifice dacă decizia este sau nu temeinică și, pe de altă parte, să permită instanței să exercite controlul de legalitate .

c) Documentul Constatator a fost emis pentru pretinsa neîndeplinire a unor obligații contractuale care însă nu pot fi atribuite ...; notificarea de reziliere a Contractului emisă de ..., ducând la rezilierea indicată expres în Documentul Constatator, indică faptul că ... a reziliat (în mod abuziv și nelegal) Contractul "luând în considerare respingerea recepției cantitative și calitative a celor 409 dispozitive mobile de control EES, ca urmare a neremedierii neconformităților constatate la recepțiile anterioare (...)." - or ... nu și-a asumat obligația de a livra aceste echipamente, denumite ... ID Screen;

d) stabilește în mod neintemeiat penalități în sarcina ..., date fiind toate aspectele învederate; mai mult, suma de 7.229.484,29 lei indicată de ... în Documentul Constatator ca penalități pentru nelivrarea echipamentelor, include de fapt și valori care nu sunt aferente obligațiilor a căror neexecutare a dus la decizia de reziliere de către ... (dispozitivele mobile);

e) rezilierea Contractului NU a fost dispusă încă de instanța de judecată (încetarea Contractului neputând interveni în lipsa unui pact comisoriu expres în Contract);

f) din conținutul Documentului Constatator NU rezultă nicio legătură cu Anexa 1 la acesta, în care sunt redată sintetic toate procesele-verbale de acceptanță emise de ... pe parcursul executării Contractului. În acest mod se creează în mod intenționat o falsă impresie că aceste documente atestă neîndeplinirea obligațiilor contractuale care au stat la baza emiterii Documentului Constatator primar;

g) ... indică în Documentul Constatator prejudicii în valoare de 4.844.605 lei fără TVA (din care 3.633.453,75 lei - finanțare externă din Fondul pentru Securitatea Internă: componenta pentru frontiere și vize, și 1.211.151,25 lei - cofinanțare națională), DAR ... NU a furnizat niciun înscris din care să rezulte existența, modul de calcul și legătura suficientă cu valoarea reprezentând finanțare externă nerambursabilă sau dovezi în sensul în care, exact aceasta sumă ar fi fost primită cu titlu de finanțare externă nerambursabilă.

(vii) De altfel, pe rolul instanțelor de judecată există la acest moment 5 dosare care vizează situația Contractului / a Documentului Constatator:

- Dosarul nr. 22831/3/2024 - primul termen de judecată la 28.08.2024 - obiect: suspendarea Documentului Constatator, acțiune introdusă de ... SRL împotriva ...;
- Dosarul nr. 24082/3/2024 - primul termen de judecată la 7.10.2024 - obiect: anularea Documentului Constatator, acțiune introdusă de ... SRL împotriva ...;
- Dosarul nr. 19985/3/2024 - primul termen de judecată la 21.08.2024, obiect: ... a solicitat ... și ...: (i) plata unor penalități în cuantum de 4.296.351,84 LEI, aferente facturii de penalități emise urmare a întârzierii (nelivrării) dispozitivelor mobile de control ... ID Scree; și (ii) repararea pretinsului prejudiciu constând în pierderea finanțării externe nerambursabile ca urmare a nelivrării dispozitivelor mobile de control ... ID Screen;
- Dosarul nr. 22473/3/2024 - primul termen de judecată la 1.08.2024, obiect: anularea rezilierii contractului de achiziție publică 281/2021, acțiune demarată de ... și ... și în care ... este pârâtă;
- Dosarul nr. 25046/3/2024 - primul termen de judecată la 28.08.2024, obiect: anularea Documentului Constatator, acțiune introdusă de ... împotriva

Astfel, ... depune toate eforturile și ia toate măsurile disponibile conform legii pentru a dovedi (i) nelegalitatea Documentului Constatator și a publicării acestuia pe SEAP, pentru motivele arătate mai sus - cu consecința obținerii soluției suspendării acestuia și apoi a măsurii anulării acestuia, (ii) a măsurii rezilierii Contractului (la care s-a raportat ... în emiterea Documentului Constatator) și, nu în ultimul rând, (iii) pentru a arăta că penalitățile stabilite de ... nu sunt datorate de către

C. Măsura rezilierii Contractului, menționată în Documentul Constatator

Situația privind executarea Contractului este una complexă, Contractul însuși fiind un contract complex, nicidecum un contract standard de achiziție publică de produse. Considerarea acestei complexități și a particularităților la implementare (ex. completele fixe parte a obiectului Contractului a trebuit să fie instalate și date în folosință în toate punctele de trecere a frontierei României) ar fi trebuit să ghideze și acțiunea ... în aplicarea măsurii rezilierii Contractului, cu atât mai mult cu cât nici nu a propus un mecanism de conciliere amiabilă în prealabil.

Măsura rezilierii Contractului (ea însăși discutabilă în sine astfel cum am precizat mai sus) a fost dispusă de ... exclusiv ca urmare a întârzierilor în legătură cu o mică parte din obiectul Contractului, anume pentru cele 409 dispozitive mobile de control EES, în valoare totală de aprox. 4.539.900 lei (din valoarea totală a Contractului de aproximativ 24 milioane lei).

Astfel, Contractul nr. 281/22.09.2021 modificat și completat prin actele adiționale ulterioare, a avut ca obiect achiziționarea a 465 complete fixe de control EES, 409 dispozitive mobile de control EES, 1 platforma de management centralizat dispozitive mobile de control, 134 cititoare fixe de documente de călătorie/vize și 29 cititoare fixe de amprente.

Valoarea totală a Contractului a fost de 24.610.253 lei (fără) TVA și Asocieria a executat o parte semnificativă din obiectul Contractului.

Or, raportând în procente pretinsa neexecutare a Contractului la valoarea executată din Contract, până la data rezilierii, vom obține un procent nesemnificativ din obligațiile din Contract rămase de executat, care NU ar fi trebuit să justifice măsura rezilierii (nici măcar în parte, astfel cum a fost dispusă), având în vedere și faptul că obiectul achiziției a fost conceput ca un întreg, iar nu pe loturi separate.

Nu în ultimul rând, din coroborarea multiplelor procese verbale de recepție întocmite cu privire la dispozitivele mobile, pentru o parte din cerințe (spre exemplu cerințele 15, 16, 24, 25, 30), ... a schimbat de mai multe ori perspectiva cu privire la îndeplinirea cerinței respective, declarând că dispozitivele sunt neconforme, apoi conforme, apoi din nou neconforme, apoi conforme și în fine din nou neconforme.

D ... SRL este un operator economic fiabil și credibil

Astfel cum am explicat la punctele A-C de mai sus, Documentului Constatator îi lipsesc atât o argumentație pertinentă din partea ..., cât și o motivare/detalieri a obligațiilor neexecutate de

catre fiecare asociat/contractant, respectiv de către ... și separat de către ..., această absență a motivării și argumentării punând ..., în mod nelegal și nedrept, în poziția de a cunoaște justificările masurii adoptate de ..., și deci în imposibilitate de a-și apăra drepturile și să verifice dacă decizia este sau nu temeinică și, pe de altă parte, să permită instanței să exercite controlul de legalitate .

... a demarat/susține acțiunile în instanță pentru a clarifica toate aspectele legate de Contract și Documentul Constatator, inclusiv pentru a apăra renumele pe care și l-a creat pe piața de profil.

... respectă obligațiile pe care și le asumă în contracte și depune toate eforturile pentru deblocarea de situații sau remediere, în măsura în care acestea depind exclusiv de ... sau se află exclusiv sub controlul său.

(D.1) - Documente constatatoare pozitive deținute de ... SRL

... este o companie românească cu capital integral privat, înființată în anul 2011, inovația și profesionalismul fiind componente esențiale ale eforturilor societății, de a răspunde în condiții optime cerințelor clienților, de a se detașa de competitori și de a crește profitabilitatea companiei.

Subscrisa detine o expertiză profesională certificată în realizarea unor proiecte IT cu un nivel înalt de complexitate, care ne-a recomandat în ultimii 12 ani în câștigarea unora dintre cele mai sofisticate și de anvergură proiecte din domeniul nostru de activitate.

Enumerăm între parteneriatele/licitațiile publice câștigate în ultimii ani, clienți precum:

- Administrația Prezidențială
- Administrația Națională a Rezervelor de Stat și Probleme Speciale
- Administrația Națională a Penitenciarelor
- Agenția Națională de Cadastru și Publicitate Imobiliară
- Agenția Națională Împotriva Traficului de Persoane
- Agenția Națională de Integritate
- Agenția Națională pentru Achiziții Publice (ANAP)
- AGENTIA NAȚIONALĂ PENTRU OCUPAREA FORTEI DE MUNCĂ (ANOFM)
- AGENTIA NAȚIONALĂ PENTRU PROTECȚIA MEDIULUI
- Autoritatea Națională de Reglementare în Domeniul Energiei (ANRE)
- Autoritatea Națională pentru Administrare și Reglementare în Comunicații (ANCOM)
- Camera Deputaților
- Centrul Național de Răspuns la Incidente de Securitate Cibernetică - CERT-RO
- CHIMEXIM S.A.
- Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere (CNAIR)
- Compania Națională de Transport a Energiei Electrice - TRANSELECTRICA S.A.
- Complexul Energetic Oltenia
- Departamentul pentru Lupta Anti-Fraudă
- Direcția Generală de Protecție Internă
- Direcția de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism (DIICOT)
- Direcția Națională Anticorupție
- Direcția Națională pentru Probatiuni
- Direcția Generală de Poliție a Municipiului București
- Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice Brașov
- Inspectia Judiciară
- Institutul Cultural Român
- Institutul de Tehnologie Avansată
- Institutul pentru Ocrotirea Mamei și Copilului
- Institutul Național de Boli Infecțioase „Matei Bals”
- Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică - ICI București
- Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare pentru Fizică și Inginerie Nucleară „Horia Hulubei”
- Jandarmeria Română
- ...
- Ministerul Apărării Naționale
- Ministerul Afacerilor Externe
- Ministerul Comunicațiilor și Societății Informaționale
- Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice

- Ministerul Finantelor Publice
- Ministerul Muncii și Justiției Sociale
- Ministerul pentru Relația cu Parlamentul
- Oficiul Național pentru Jocurile de Noroc
- Operatorul Piete de Energie Electrică și Gaze Naturale (OPCOM)
- Parchetul de pe Lângă Înalta Curte de Casație și Justiție
- Primăria Sectorului 3
- Primăria Sectorului 4
- Serviciul de Telecomunicații Speciale STS
- Secretariatul General al Guvernului
- Spitalul Clinic de Urgență Județean Brașov
- Școala de Agente de Poliție „Vasile Lascar” - Campina
- Societatea Națională de Transport Feroviar de Calatori „CFR CĂLĂTORI” S.A.
- Universitatea București
- UNIVERSITATEA „CONSTANTIN BRÂNCUȘI” Târgu-Jiu
- Universitatea Politehnica Timișoara.

Toate proiectele pentru clienții enumerați mai sus (și nu numai) au fost finalizate prin emiterea de documente constatatoare care atestau îndeplinirea corespunzătoare a obligațiilor contractuale, de-a lungul întregii activități ... primind un număr impresionant de documente constatatoare pozitive.

(D.2) - Decizia nr. 233/12.07.2024 - acordarea autorizării pentru compania ... SRL privind utilizarea echipamentelor de infrastructură 5G

Totodată, menționăm că pe numele ... SRL a fost emisă Decizia nr. ... de Prim-Ministrul Marcel Ciolacu, având în vedere Hotărârea .. de avizare, privind acordarea autorizării pentru compania ... SRL privind utilizarea echipamentelor de infrastructură 5G (Monitorul Oficial nr. 673/12.07.2024).

(D.3) - Concluzii

- Rezilierea Contractului a fost invocată de ... doar parțial, deci numai cu privire la o parte din obiectul Contractului, care este mult inferioară părții din obiectul Contractului care a fost deja executată de către ... și asociat;
- Toate reperele/elementele din obiectul Contractului care au fost acceptate de către ... sunt folosite de către ..., contravaloarea lor a fost achitată de către ... și obligațiile aferente garanției de produs, astfel cum au fost stipulate în caietul de sarcini, sunt pe deplin aplicabile și Asocierii le are în vedere cu maximă seriozitate;
- Nefuncționalitățile echipamentelor utilizate, semnalate de ... de-a lungul executării Contractului, inerente utilizării, au fost soluționate și nu există reclamații/pretenții restante ale ... față de Asocierie (și, corelativ, obligații restante ale Asocierii față de ...) cu privire la echipamentele și platforma de management aflate în utilizarea ...;
- În niciun caz nu se poate susține că vreunul din reperele furnizate și acceptate de ..., inclusiv platforma de management furnizată de ... în Contract, și achitate de ... în temeiul Contractului, au avut deficiențe semnificative/majore, sau au fost inutilizabile pentru scopul pentru care au fost achiziționate, ci dimpotrivă;
- În niciun caz nu se poate desprinde din Documentul Constatator că ... și- a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale care îi reveneau în cadrul Contractului și că întocmai aceste încălcări au dus la decizia ... de reziliere a Contractului;
- ... a avut o conduită activă orientată spre soluționarea promptă a aspectelor contractuale sau operaționale din Contract aflate în control său exclusiv; de altfel, chiar s-a furnizat o facilitate (neinclusă în caietul de sarcini) care ar fi permis ... să efectueze o serie de configurări, inclusiv să adauge tipurile de documente de călătorie;
- Toate sumele facturate de către ... ca penalități, cu excepția sumei aferente dispozitivelor mobile pentru care există o acțiune în instanță inclusiv în scopul clarificării temeiniciei și cuantumului respectivelor penalități, au fost achitate de ..., în calitate de lider al Asocierii; toate plățile au fost efectuate de ... cu respectarea scadenței și cu bună-credință - de exemplu ... a achitat facturi de penalități deși au devenit scadente după data la care ... a indicat rezilierea Contractului;
- Documentul Constatator preia informații din alte acte juridice (ex. Contractul, procese-verbale) și nu stabilește, modifică sau stinge prin el însuși drepturi sau obligații;

- Documentul Constatator reprezintă doar poziția unilaterală a ... și tocmai aceste aspecte fac obiectul acțiunilor în instanță de contestare menționate la punctul B din prezentul document, pentru că ... nu acceptă această poziție unilaterală a ... așa cum este cuprinsă în Documentul Constatator în forma publicată pe SEAP;

- Desigur că ... va respecta orice hotărâre cu caracter definitiv și executoriu al instanței în oricare din dosarele menționate, dar ... nu este de acord că Documentul Constatator atestă o abatere gravă de către ... în executarea propriilor obligații din Contract, sau că ar atesta nerespectarea termenelor de livrare asumate, de către ..., sau că ar atesta deficiențe semnificative sau persistente ale ... în executarea obligațiilor sale, sau că ar releva un comportament necorespunzător al ... care să arunce îndoieli serioase cu privire la fiabilitatea operatorului economic

- Totodata, odată ce se va dovedi urmare a acțiunilor în instanță ca dispozitivele ar fi trebuit în realitate acceptate de către ..., în mod automat numărul de zile de întârziere menționat de ... în Documentul Constatator nu va mai fi menținut și se va re-evalua executarea în Contract.

Din decizia ... de reziliere (parțială chiar) a Contractului 281/2021 anterior, astfel cum apare în Documentul Constatator în forma în SEAP, nu trebuie să fie dedusă mod automat declararea ofertei ... în procedura CN1068968 drept inacceptabilă.

Vă rugăm să aveți în vedere și originea europeană a textelor normative din cadrul legislației achizițiilor publice, inclusiv deciziile Curții Europene de Justiție. De ex. legiuitorul Uniunii Europene a intenționat să încredințeze autorității contractante și doar acesteia, în faza de selecție a ofertanților, sarcina de a aprecia dacă un candidat sau un ofertant trebuie să fie exclus de la o procedură de achiziție publică; totodată, o autoritate contractantă nu poate deduce în mod automat din decizia unei alte autorități contractante de a rezilia un contract de achiziții publice anterior, (...) că acest ofertant a dat dovadă de deficiențe semnificative sau persistente, în sensul articolului 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24, referitor la îndeplinirea unei cerințe de fond aferente acestui contract de achiziții publice (hotărârea CJUE în cauza C-267/18, punctul 28; Hotărârea din 19 iunie 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, punctul 34).

Vă rugăm să efectuați propria evaluare, în calitate de autoritate contractantă care a lansat procedura CN1068968, a comportamentului ... vizat de Documentul Constatator și rezilierea parțială a Contractului încheiat de Asocieria ...-... cu ..., în considerarea prezentului răspuns, și să constatați că nu este afectată credibilitatea și fiabilitatea ..., în pofida existenței Documentului Constatator.

- ulterior achizitoarea prin membrii comisiei de evaluare prin intermediul adresei nr. 571853/1 din 20.08.2024 a solicitat ofertantei ... SRL să prezinte documente-suport/dovezi pentru demonstrarea celor prezentate în DUAE, precum și documente suplimentare în susținerea răspunsului anterior furnizat, mai sus redat, respectiv:

2. În urma analizării certificatului constatator ONRC, nu au fost regăsite informațiile privind administratorii/ reprezentanții legali/ împuterniciții societății SC ... SRL. Vă solicităm să retransmiteți certificatul constatator ONRC cuprinzând informațiile necesare Autorității Contractante.

3. Ca urmare a răspunsului la solicitarea de clarificare nr. 571566/1 din data de 31.07.2024 transmis în SEAP la data de 07.08.2024, referitor la întrebarea 1 - clarificări privind informațiile publice ce se regăsesc în SEAP, cu privire la emiterea Documentului constatator negativ nr. 220254/18.06.2024, înregistrat în SEAP cu nr. AD1129614, publicat în data de 09.07.2024, din care rezultă rezilierea contractului, la Cap. B punctul (vi) lit. c) unde ați menționat faptul că "Documentul Constatator a fost emis pentru pretinsa neîndeplinire a unor obligații contractuale care însă nu pot fi atribuite • ori ... nu și-a asumat obligația de a livra aceste echipamente, denumite ... ID Screen", **vă solicităm să transmiteți orice documente pe care le considerați necesare în justificarea celor afirmate.**

4. În conformitate cu art. 171 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, **vă solicităm să transmiteți orice documente (dovezi) considerate necesare pentru a demonstra în concret credibilitatea** prin raportare la motivele de excludere prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) coroborat cu art. 167

alin. 8) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare.

- ... SRL a răspuns clarificărilor suplimentare solicitate cu adresa nr. 1210824/21.08.2024 prin care a furnizat dovezile și explicațiile necesare, respectiv:

1. Ref: Documentul Constatator referitor la Contractul nr. 281/2021; obligații care nu pot fi atribuite ... SRL

Clarificări și dovezi

Dispozitivele mobile de control ID Screen sunt produsul ..., sunt produse sub marca ... al cărei titular exclusiv este ... conform informațiilor public disponibile pe site- ul ..(Anexa nr. 1). Din aceste informații publice rezultă că numai titularul mărcii ... are dreptul să aplice marca ... pe produsele care poartă această marcă, acoperite de clasele de produse pentru care s-a obținut protecția prin înregistrarea mărcii comunitare.

Produsul ID Screen se află în portofoliul de echipamente produse de ... sub mărcile deținute exclusiv de ... (..

... SRL nu a deținut și nu deține dreptul de a produce dispozitivele mobile de control ID Screen, așa încât nu ar fi putut să producă dispozitivele mobile de control ID Screen pentru Contractul nr. 281/2021.

... SRL nu a mai participat la niciun alt proiect în care să fi furnizat astfel de dispozitive mobile de control; de altfel, asocierea cu ... pentru participarea la procedură a avut în vedere furnizarea de către ... a dispozitivelor mobile de control, aceasta având în portofoliu produsul ... ID Screen 60 (...)

Astfel că ... SRL nu și-a asumat obligații directe, proprii, să furnizeze ea însăși dispozitivele mobile de control către ... aferent Contractului, și de aceea nici nu a indicat în cadrul Procedurii ... că ar avea capacitatea tehnică cerută cu privire la dispozitivele mobile de control - Anexa 3 la prezenta evidențiază acest lucru pe ultima pagină (Anexa nr. 3 - DUAE ...).

Contractul nr. 281/2021 conține în Anexa 7 - Centralizator de prețuri detalierea produselor care alcătuiesc obiectul Contractului nr. 281/2021, pentru dispozitivele mobile fiind menționate Dispozitivele mobile de control - ... ID Screen (Anexa nr. 4 - Anexa 1 la contractul 281/2021).

2. Ref: Documente/dovezi considerate utile pentru demonstrarea credibilității ... SRL, în conformitate cu art. 171 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, prin raportare la motivele de excludere prevăzute de art. 167 alin. 1 lit. g) coroborat cu art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

a) Art. 167 alin. (1) lit. g) și Art. 167 alin. (8) din legea 98/2016

a.7) Prevederi legale:

Art. 167

(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații:

g)operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i revineau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile;

(8) În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. g) se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract.

a.2) Clarificări și dovezi:

Documentul Constatator care aduce în discuție neexecutarea de obligații și rezilierea aferent Contractului nr. 281/2021 a fost emis de ... pe numele Asocierii ...-... (Anexa nr. 5 - document constatator primar referitor contract nr. 281/2021).

Nu există, deci, identitate între contractantul pe numele căruia a fost emis Documentul Constatator - Asocierea ...-... (co-contractantul lui ... în Contractul nr. 281/2021 pentru care s-a emis declarația de reziliere), și operatorul economic care participă în Procedura Relevantă, operator economic care este ... SRL.

Nu există, astfel, dovada (prin Documentul Constatator sau altfel) acelor obligații principale care să îi fi revenit ... SRL conform Contractului nr. 281/2021 și care să fi fost grav sau repetat

încălcate de atare parte căreia îi reveneau, și tocmai aceste încălcări să fi dus la încetarea anticipată a contractului public.

Este și unul din principalele motive pentru care ... a introdus în instanță două acțiuni vizând nelegalitatea Documentului Constatator, respectiv prin dosarul nr. 22831/3/2024 vizând suspendarea și prin dosarul nr. ...vizând anularea Documentului Constatator (Anexă nr. 6.1 și 6.2 cf link ..

Asocierea ...-... a fost realizată în temeiul legislației achizițiilor publice, exclusiv pentru participarea în Procedura ... și aferent Contractului nr. 281/2021, dar această Asociere nu aduce atingere personalității juridice, existenței și funcționării, de sine-stătătoare, a persoanei juridice ... SRL, respectiv a persoanei juridice

Persoana juridică ... SRL este cea care participă la Procedura Relevantă, deci analiza temeiului din art. 167 alin. (1) lit. g) trebuie să se facă cu privire la ... SRL, respectiv să se analizeze dacă în raport strict cu operatorul economic ... SRL, condițiile cumulative cerute de 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;

Pentru motivele și documentele arătate în prezentul răspuns, ... SRL nu ar trebui să fie considerat drept operator economic (care) 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;

Considerăm, asadar, că particularitățile prezentate mai sus cu privire la Contractul nr. 281/2021 și Documentul Constatator, inclusiv dovezile prezentate, trebuie să pună la îndoială însăși incidența prevederilor art. 167 în forma reglementată de Legea nr. 98/2016, în cazul de față. Continuăm însă cu furnizarea argumentelor și dovezilor:

În Notificarea de reziliere a Contractului nr. 281/2021 (Anexa nr. 7) este menționat ca ... a reziliat parțial Contractul, respectiv numai în ceea ce privește obligația de furnizare a 409 dispozitive mobile de control, începând cu data notificării, în contextul respingerii recepției cantitative și calitative a celor 409 dispozitive mobile de control EES, ca urmare a neremedierii neconformităților constatate la recepțiile anterioare, precum și faptului că până la data ultimei recepții (25.04.2024) au fost înregistrate 725 de zile de întârziere pentru 391 dispozitive mobile de control și 435 zile de întârziere pentru 18 dispozitive mobile de control. Toate celelalte elemente care alcătuiesc obiectul Contractului nr. 281/2021 au fost livrate cu succes în proiect, conform acceptanțelor semnate în acest sens (Anexe nr. 8 - exemplificare PV-uri semnate la acceptanțele aprobate). Totodată, raportând în procente pretinsa neexecutare la valoarea executată din contract, până la data rezilierii, se obține un procent nesemnificativ din obligațiile rămase de executat, care NU ar putea justifica măsura rezilierii. Asadar ... nu a avut în vedere neexecutarea (integrală) a Contractului (art. 167 (alin. 8) din Legea 98/2016) și nu se poate reține că a existat neexecutarea integrală a Contractului.

Așadar, Contractul nr. 281 a fost considerat încetat parțial de către ..., numai în ceea ce privește obligația de furnizare a 409 dispozitive mobile de control, conform celor arătate mai sus. Mai mult, valoarea dispozitivelor mobile de control este în mod semnificativ mai mică decât întreaga valoare executată în Contractul nr. 281/2021, respectiv dispozitivele mobile reprezintă o valoare totală de aprox. 4.539.900 lei, din valoarea totală a Contractului nr. 281/2021 de aproximativ 24 milioane lei.

Asocierea ... - ... a solicitat în instanță anularea rezilierii în privința Contractului nr. 281/2021, dosarul nr. 22473/3/2024 fiind pe rolul instanței (Anexe nr. 9 - acțiunea de anulare a rezilierii și extras portal.just privind dosarul).

- Vă rugăm astfel să aveți în vedere argumentațiile formulate în acțiunea atasată pentru susținerea lipsei de temei pentru respingerea de către ... a acceptanței pentru dispozitivele mobile. Neaprobarea fără temei a acceptanței de către ... a constituit de fapt motivul pentru care Contractul nr. 281/2021 a fost considerat prematur încetat, și nicidecum încălcarea Contractului de către Asociere. Așadar nu se poate ca și certitudine că refuzul ... de a aproba acceptanța a avut la bază neconformități majore (ale produselor) care le fac improprii utilizării (art. 168 (alin. 8) din Legea nr. 98/2016) atât timp cât prin acțiunile în instanță formulate de

Asociere/membrii a fost solicitat concursul instanței de judecată pentru a stabili asupra concluziilor procesului de acceptanță când ... a refuzat acceptanța dispozitivelor mobile.

- În acțiunea indicată, dar și în acțiunea de contestare a penalităților și prejudiciilor (dosarul nr. 19985/3/2024 - Anexa nr. 10), pentru care instanța a solicitat deja din oficiu conexarea cu dosarul mai sus indicat privind anularea rezilierii), că refuzul abuziv al ... de a aproba acceptanța pentru dispozitive mobile este cel care a determinat considerarea numărului de zile de întârziere și deci cuantumul indicat în Documentul Constatator pentru penalități și prejudicii, deci aceste sume penalități și prejudicii nu pot fi avute în vedere fără tagadă drept aferente/cauzatoare ale încetării premature a Contractului nr. 281/2021 (art. 167 alin (8) din Legea nr. 98/2016).

b) Art. 171 din Legea nr. 98/2016

b.1) Prevederi legale: Art. 171

(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.

b.2) Clarificări și dovezi:

Deși se pune în discuție însăși aplicabilitatea art. 167, în considerarea particularităților prezentate, astfel cum am prezentat mai sus la punctul a), dăm curs solicitării MAI și prezentăm și dovezile pentru demonstrarea în concret a credibilității ... SRL.

Dovezile trebuie avute în vedere prin raportare la Credibilitatea ... trebuie apreciată în concret, deci având în vedere deopotrivă relația cu ..., cât și obiectul specific al Procedurii Relevante și la care participă ... SRL.

Astfel:

- În considerarea textului art. 171 (alin. 3) din Legea 98/2016 și a demersurilor derulate în instanță de către ... prin care a contestat atât temeiul rezilierii Contractului nr. 281/2021, dar și temeiul și cuantumul penalităților și despăgubirilor aferente rezilierii Contractului nr. 281/2021, ... indică cu privire la penalități și despăgubiri că va respecta orice hotărâre executorie a instanței de judecată competente care stabilește în sarcina ... obligația de plată a unor sume aferente relației cu ... aferent Contractului nr. 281/2021. Dacă s-ar acționa prin plată la acest moment, deși există pe rolul instanțelor relevante toate acțiunile prezentate care pun la îndoială chiar temeiul acestor sume, ar fi lipsite de temeinicie demersurile derulate în fața instanței cu privire la Documentul Constatator și/sau cu privire la Contractul nr. 281/2021.

- De altfel, Asocierea (prin ...) a achitat fără întârziere toate penalitățile facturate de ... aferent Contractului nr. 281, în toate celelalte cazuri în care nu a contestat cuantumul acestora prin acțiuni în instanță.

Situație facturi penalitati Contract nr. 281/2021

1 complet fix de control EES	10.11.2022	25.12.2022	10.424,40	Achitata fara intarziere
Cititoare fixe de amprente	31.10.2022	15.12.2022	29.141,16	Achitata fara intarziere
Cititoare fixe de documente calatorie	11.08.2022	25.09.2022	49.856,02	Achitata fara intarziere
Platforma de management centralizat	31.03.2023	15.05.2023	782.634,96	Achitata fara intarziere
52 complete fixe de control EES	19.04.2023	03.06.2023	708.086,33	Achitata fara intarziere
305 complete fixe de control EES	27.04.2023	11.06.2023	611.382,19	Achitata fara intarziere
34 complete fixe de control EES	22.05.2023	06.07.2023	82.828,02	Achitata fara intarziere
48 complete fixe de control EES	19.06.2023	03.08.2023	168.810,80	Achitata fara intarziere
25 complete fixe de control EES	21.05.2024	05.07.2024	476.740,97	Achitata fara intarziere
Dispozitive mobile de control	03.06.2024	18.07.2024	4.296.351,84	Contestate in instanță
1 complet fix de control EES	11.01.2024	25.02.2024	13.227,60	Achitata fara intarziere
			7.229.484,29	

- ... SRL deține documente constatatoare care atestă implementarea cu succes a unor contracte având obiect similar cu al Procedurii Relevante (acestea sunt atașate ca Anexa 11); asadar, ... SRL poate demonstra că a executat contracte cu obiect similar/identice cu cel al Procedurii Relevante, ceea ce trebuie să fie considerat relevant pentru constatarea în concret a credibilității ... SRL și deci pentru constatarea în concret a ... SRL ca prezentând credibilitate;
 - Totodată, ... SRL deține documente constatatoare care atestă implementarea cu succes a unor contracte de achiziție publică încheiate cu chiar autoritatea contractantă din Procedura Relevantă (Anexa 12 documente constatatoare emise de autoritatea contractantă în alte proiecte derulate de ...).
 - Documentul Constatator fiind o situație cu totul izolată și excepțională, care nu poate fi văzută ca definitorie pentru judecarea credibilității ... SRL; conform informațiilor disponibile în SEAP, ... SRL deține documente constatatoare pozitive în cel puțin 60 de proceduri de achiziție publică, ceea ce trebuie să fie considerat de fapt relevant pentru conturarea credibilității ... SRL (Anexa 13 lista documente constatatoare - extras SEAP);
 - ... SRL deține documente constatatoare care atestă implementarea cu succes a unor contracte de achiziție publică încheiate cu chiar autoritatea publică ..., ceea ce trebuie să fie considerat relevant pentru constatarea în concret a credibilității ... SRL și deci pentru constatarea în concret a ... SRL ca prezentând credibilitate (Anexa 14 documente constatatoare emise de ... în alte proiecte derulate de ...).
 - Nu în ultimul rând, ... SRL deține autorizație 5G, ceea ce trebuie să fie considerat relevant pentru constatarea în concret a credibilității ... SRL (Anexa 15).
- Toate clarificările și dovezile prezentate prin răspunsurile noastre de clarificări constituie elementele pe baza cărora considerăm că ... SRL sunt concludente și demonstrează în concret

credibilitatea ... SRL în prezenta Procedură Relevantă, care se opun declarării ofertei ... SRL ca inacceptabilă în temeiul art. 134 alin (5) din HG 395/2016.

Cu respectarea principiului transparenței, cu relevanța pentru situația Procedurii Relevante, aducem la cunoștința dumneavoastră faptul că în data de 8 august 2024, a fost publicată pe portalul instanțelor soluția Curtii de Apel București în dosarul nr. 5158/2/2023: prin hotărârea .. se admite acțiunea ... și se anulează Decizia 80/06.06.2023.

Prin răspunsul la întrebarea de clarificare confirmăm faptul că îndeplinim în totalitate cerințele minime și obligatorii din documentația de atribuire, iar prin răspunsurile oferite în prezentul document se aduc lămuriri/explicații cu privire la conținutul ofertei depuse și nu reprezintă modificări aduse acesteia, oferta depusă fiind conform cerințelor din documentația de atribuire. În cazul în care totuși interpretarea noastră asupra solicitării de clarificare nu este conformă cu intenția comisiei de evaluare, vă rugăm să aveți amabilitatea de a reformula solicitarea de clarificare.

Rămânem în continuare la dispoziția dumneavoastră pentru a răspunde la orice solicitare de clarificare a ofertei considerată a mai fi necesară.

Răspunsurile furnizate de ... SRL au fost analizate de membrii comisiei de evaluare la data de 22.08.2024, ocazie cu care a fost elaborat *Procesul-verbal înregistrat sub nr. 572013/28.08.2024 privind evaluarea documentelor-suport depuse de ofertant pentru demonstrarea informațiilor din DUAE*, concluzia membrilor comisiei de evaluare fiind următoarea:

Potrivit art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 „Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care (...) 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 uitate sancțiuni comparabile.”

Comisia de evaluare a verificat încadrarea operatorilor economici ofertanți în această situație de excludere prin intermediul documentelor constatatoare emise de către alte autorități contractante în urma derulării unor contracte de achiziție publică cu operatorii economici în cauză.

Totodată, potrivit art.166 alin. (4) din Anexa la H.G. nr. 395/2016,,, (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.” Astfel că, prin publicarea Documentului constatator negativ nr. 220254/18.06.2024, înregistrat în SEAP cu nr. ADI 129614 în SEAP, acesta a intrat în circuitul civil și produce efecte juridice până la o decizie contrară a instanței de judecată (suspendare și/sau anulare).

Cu toate acestea, legislația permite acceptarea în procedură a unui operator economic aflat în situația de excludere sus-menționată, (conform art. 171 din Legea nr. 98/2016, care transpune prevederile art. 57 paragraful (6) din Directiva 2014/24/UE) în cazul în care acesta poate furniza dovezi prin care să arate că a luat măsuri suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea, dovezi care se pot referi inclusiv la efectuarea de plăți sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate. **Ori, din analiza celor transmise de ofertantul S.C... S.R.L. reiese fără tăgadă că acesta nu este de acord cu plata penalităților în cuantum de 4.296.351,84 lei în Contractul 281/2021, contestate de altfel în instanța. Comisia de evaluare consideră că, cu toate acestea, operatorul economic putea da dovadă de credibilitate și bună credință prin plata acestor penalități către autoritatea contractantă prejudiciată până la soluționarea definitivă a cauzelor aflate pe rol.**

Având în vedere aceste aspecte, în urma verificării documentelor-suport, precum și a răspunsurilor la solicitările de clarificare, depuse în vederea susținerii informațiilor declarate în DUAE și din documentele ce îl însoțesc, comisia de evaluare a concluzionat faptul că ofertantul S.C. ... S.R.L. se încadrează în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) coroborat cu art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, întrucât la data de 09.07.2024 a fost publicat în SEAP Documentul

constatator negativ nr. 220254/18.06.2024, înregistrat în SEAP cu nr. ..., din care rezultă nereguli în ceea ce privește îndeplinirea corespunzătoare a contractului, motiv pentru care contractul a fost reziliat, cu prejudicii aduse autorității contractante (...) prin "pierderea finanțării exterite nerambursabile ca urmare a nelivrării celor 409 dispozitive mobile de control EES, respectiv valoarea de 4.844.605,00 /lei fără TVA".

Având în vedere aspectele consemnate mai sus, comisia de evaluare a concluzionat că răspunsurile ofertantului S.C. ... S.R.L. la solicitările de clarificare nr. 5-71566/1 din 30.07.2024 și nr. 571853/1 din 20.08.2024 nu sunt concludente, iar oferta este considerată inacceptabilă conform dispozițiilor art. 134 alin. (5) din Anexa la H.G. nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Totodată, în conformitate cu prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) coroborat cu art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, comisia de evaluare exclude ofertantul din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică, deoarece și-a încălcat în mod grav obligațiile principale ce-i revineau în cadrul unui contract de achiziții publice, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract.

În concluzie, oferta a fost respinsă în conformitate cu prevederile art.137 alin. (1) din Anexa la H.G. nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare.

În speța analizată, suntem în situația prevăzută de dispozițiile art. 171 alin. (1) – (3²) din lege, respectiv de apreciere a măsurilor luate de ... SRL pentru demonstrarea credibilității sale, apreciate de autoritatea contractantă ca fiind insuficiente.

Așa cum a fost anterior redat, motivele reținute de achizitoare în decizia de respingere au fost următoarele:

- în urma verificării documentelor-suport, precum și a răspunsurilor la solicitările de clarificare, depuse în vederea susținerii informațiilor declarate în DUAЕ și din documentele ce îl însoțesc, comisia de evaluare a concluzionat faptul că ... SRL se încadrează în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) coroborat cu art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, întrucât la data de 09.07.2024 a fost publicat în SEAP Documentul constatator negativ nr. 220254/18.06.2024, înregistrat în SEAP cu nr. AD1129614, din care rezultă *nereguli în ceea ce privește îndeplinirea corespunzătoare a contractului, motiv pentru care contractul a fost reziliat, cu prejudicii aduse autorității contractante (Inspectoratul General al Poliției de Frontieră) prin "pierderea finanțării exterite nerambursabile ca urmare a nelivrării celor 409 dispozitive mobile de control EES, respectiv valoarea de 4.844.605,00 /lei fără TVA";*

- legislația permite acceptarea în procedură a unui operator economic aflat în situația de excludere sus-menționată, (conform art. 171 din Legea nr. 98/2016, care transpune prevederile art. 57 paragraful (6) din Directiva 2014/24/UE) în cazul în care acesta poate furniza dovezi prin care să arate că a luat măsuri suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea, dovezi care se pot refuși inclusiv la efectuarea de plăți sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate. *Ori din analiza celor transmise de ofertantul ... SRL reiese că acesta nu este de acord cu plata penalităților în cuantum de 4.296.351,84 lei în Contractul nr. 281/2021, contestate de altfel în*

instanța. Comisia de evaluare consideră că ofertanta putea să dea dovadă de credibilitate și bună credință prin plata acestor penalități către autoritatea contractantă prejudiciată până la soluționarea definitivă a cauzelor aflate pe rol.

Se cuvine a fi redat în integralitate și conținutul Documentului constatator negativ nr. 220254/18.06.2024, înregistrat în SEAP cu nr. .. emis de ...-.. respectiv:

Document constatator primar

1. Contractant: **Asocierea SC ... SRL și SC ... SRL (lider)**

..

... .. (asociat)

În 2 place ..

2. Procedura de achiziție/data organizării: dialog competitiv, anunț de participare nr. .. din 21.08.2020.

3. Informații privind contractul: **Contract de achiziție publică de produse nr. 281 din 22.09.2021 și Actul adițional nr. 2179 din 17.03.2022;**

Obiect: achiziționarea de 465 complete fixe de control EES, 409 dispozitive mobile de control EES, 1 platformă de management centralizat dispozitive mobile de control, 134 cititoare fixe de documente de călătorie/ vize și 29 cititoare fixe de amprente;

Valoare (lei fără TVA): 24.610.253

- Contractul de achiziție nr. 281/ 22.09.2021 - 22.998.339;

- Actul adițional nr. 2/ 79/ 17.03.2022 la contract- 1.611.914.

Perioada de derulare: 22.09.2021 -28.05.2024.

4. Refuzul ofertantului câștigător de a semna contractul:

☐ Da ☒ Nu

Dacă DA,

Informații privind:

- data la care ar fi trebuit încheiat contractul: nu este cazul;

- motivul refuzului semnării contractului: nu este cazul.

5. Informații privind data:

- terminării furnizării produselor: conform anexei la prezentul document;

- terminării prestării serviciilor, altele decât serviciile de proiectare; nu este cazul;

- terminării prestării serviciilor de proiectare: nu este cazul;

- încheierii procesului verbal de recepție la terminarea lucrărilor: nu este cazul.

6. Informații privind data:

- expirării perioadei de garanție a produselor: nu este cazul-,

- expirării perioadei de garanție a serviciilor: nu este cazul;

- încheierii procesului verbal de recepție la terminarea lucrărilor proiectate: nu este cazul;

- încheierii procesului verbal de recepție finală a lucrărilor întocmit la expirarea perioadei de garanție a lucrărilor în cauza: nu este cazul.

7. Contractul a fost îndeplinit în mod corespunzător:

☐ Da ☒ Nu

Dacă NU,

Motivație/ motivații:

a) abateri de la calitatea produselor/ serviciilor/ lucrărilor contractate: nu este cazul;

b) nerespectarea termenelor contractuale de livrare produse/ prestare servicii/ executare lucrări din culpă: au fost calculate penalități pentru nelivrarea echipamentelor în termenele contractuale asumate, în valoare totală de 7.229.484, 29 din care a fost plătită suma de 2.456.391,48 lei;

c) abateri de la respectarea normelor de securitate și sănătate a muncii, PSI: legislația de protecția mediului: nu este cazul',

d) altele: nu este cazul;

e) eventuale litigii și modul lor de soluționare: nu este cazul,

f) rezilierea contractului: xDa ☐ Nu.

8. Prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului (daca este posibil cuantificarea valorică a acestora): pierderea finanțării externe nerambursabile ca urmare a nelivrării celor 409 dispozitive mobile de control EES, respectiv valoarea de 4.844.605 lei fără TVA din care: 3.633.453,75 lei - finanțare externă din Fondul pentru Securitate Internă: componenta pentru frontiere și vize și 1.211.151,25 lei - cofinanțare națională.

Consiliul nu îmbrățișează raționamentul conturat de autoritatea contractantă, în favoarea respingerii ofertantei ... SRL din considerentele mai jos prezentate.

Un prim aspect avut în vedere de achizitoarea în decizia de respingere l-a constituit faptul că nu a fost îndeplinit în mod Contract de achiziție publică de produse nr. 281 din 22.09.2021 din culpa asocierii ... S.R.L. (lider)- (asociat), **motivată de nerespectarea termenelor contractuale de livrare a produselor**. Pentru acest motiv contractul a fost reziliat de .. cu prejudicii aduse autorității contractante „*prin pierderea finanțării externe nerambursabile, ca urmare a nelivrării celor 409 dispozitive mobile de control EES, respectiv valoare de 4 844 605 lei fără TVA, din care 3 633 453,75 lei - finanțare externă din fondul pentru securitate internă, componenta pentru frontiere și vize și 1211151,25 lei - cofinanțare națională*”.

Documentul constatator este un act administrativ care are caracter executoriu dacă nu a fost suspendat de instanță, astfel că dispozițiile acestuia produc efecte în lipsa luării măsurii suspendării.

De asemenea, documentele constatatoare, pe care autoritatea contractantă este obligată să le emită, sunt considerate acte administrative ce prezintă o situație de fapt, rolul lor fiind acela de a oferi informații cu privire la capacitatea unui ofertant de a-și îndeplini în mod corespunzător obligațiile contractuale, fără a aduce prejudicii autorității contractante.

Fiind vorba de un act administrativ unilateral, acesta, potrivit legii contenciosului administrativ, se bucură de prezumția de legalitate, autenticitate și veridicitate, trăsături care constituie fundamentul caracterului executoriu.

Suspendarea efectelor actului administrativ poate fi dispusă de instanța de judecată în condițiile reglementate de art. 14 și 15 din Legea nr. 554/2004.

Documentul constatator beneficiază de prezumția de legalitate, autenticitate și veridicitate, iar inexistența unei hotărâri din partea instanței de contencios administrativ competente prin care să fie anulat, în tot sau în parte, face ca acesta să continue să producă efecte.

Potrivit Documentului constatator negativ nr. 220254/18.06.2024, înregistrat în SEAP cu nr. .., contractul a fost reziliat de .., cu prejudicii aduse autorității contractante „*prin pierderea finanțării externe nerambursabile, ca urmare a nelivrării celor 409 dispozitive mobile de control EES, respectiv valoare de 4 844 605 lei fără TVA, din care 3 633 453,75 lei -*

finanțare externă din fondul pentru securitate internă, componenta pentru frontiere și vize și 1211151,25 lei - cofinanțare națională".

Se vor reține și precizările achizitoarei vizavi de faptul că potrivit informațiilor publicate pe site-ul "Portalul instanțelor de judecată ", **cererea de suspendare** a *Documentului constatator negativ nr. 220254 din 18.06.2024* formulată de ... SRL, înregistrată sub nr. .., a fost **respinsă** de către Tribunalul București, Secția a-II-a Contencios Administrativ și Fiscal la data de 03.09.2024.

Sunt adevărate susținerile achizitoarei potrivit cărora dispozițiile art. 166 alin. (4) din H.G. nr. 395/2016 prevăd: „(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" , astfel că, prin publicarea *Documentului constatator negativ nr. 220254/18.06.2024, înregistrat în SEAP cu nr. ..* în SEAP, acesta a intrat în circuitul civil și produce efecte juridice până la o decizie contrară a instanței de judecată (suspendare și/sau anulare).

Însă la fel de adevărate sunt și argumentele contestatoarei, potrivit cărora:

În dreptul comunitar s-a statuat faptul ca **principiul proportionalitatii** trebuie analizat sub 3 aspecte importante:

- 1) dacă măsura este un mijloc corespunzător pentru realizarea obiectivului;
- 2) dacă măsura este necesară pentru realizarea obiectivului;
- 3) dacă există o legătură rezonabilă între măsura și obiectiv.

În cazul de față, Autoritatea contractantă nu doar că a exclus într-un mod nejustificat oferta subscrisei, dar prin aceasta a contravenit principiului european susnumit și prin aceasta a ajuns de a nu avea nicio altă ofertă, procedura fiind anulată ceea ce a condus inclusiv la vătămarea în mod grav a interesului public.

Astfel cum s-a statuat în jurisprudența CJUE, principiul proportionalității „*impune ca actele institutiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegând-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite*" (Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C- 157/96, pct. 60).

În acest sens, drepturile entitatilor contractante nu trebuie privite drept o cauză de eliminare a competitorilor, scopul urmărit fiind acela de a asigura o competiție și de a nu înlătura ofertanții care produc dovezi care atestă credibilitatea lor.

Fiind vorba despre un drept al autorității contractate, în cazul de față acțiunea comisiei de evaluare este abuzivă, în măsura în care se încalcă principiul proportionalității între condițiile de participare impuse de entitatea contractantă și scopul urmărit de aceasta. Este evident faptul că Autoritatea contractantă nu a dat dovadă de bună-credință în momentul respingerii ofertei, aceasta exercitând și dreptul de o manieră abuzivă, în contextul în care a ignorat numeroasele dovezi în sensul credibilității societății cum rezulta din cele două răspunsuri ale subscrisei la solicitările de clarificări primite.

În cauza C-171/15, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Hoge Raad der Nederlanden (Curtea Supremă a Țării de Jos), prin decizia din 27.03.2015, primită de Curte la 15.04.2015, în procedura Connexxion Taxi Services BV împotriva Staat der Nederlanden - Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, Transvision BV, Rotterdamse Mobiliteit Centrale RMC BV, Zorgvervoercentrale Nederland BV, instanța europeană a dispus: „Dreptul Uniunii, în special articolul 45 alineatul (2) din Directiva 2004/18/CE privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, nu se opune ca o reglementare națională precum cea în discuție în litigiul principal să oblige o autoritate contractantă să analizeze, în conformitate cu

principiul proportionalitatii, daca trebuie realizata efectiv excluderea de la un contract de achiziții publice a unui candidat care se face vinovat de o abatere profesionala grava".

Comisia de evaluare este tinuta sa respecte principiile egalitatii de tratament si proportionalitatii, efectul acestora in asigurarea securitatii juridice a procedurii de atribuire fiind influențat, in mod direct, de evaluarea individuala a ofertanților, prin filtrul documentelor inaintate de către aceștia si ulterior, clarificate de comisia de evaluare.

(...)

Comisia de evaluare este tinuta sa respecte principiile egalitatii de tratament si proportionalitatii, efectul acestora in asigurarea securitatii juridice a procedurii de atribuire fiind influențat, in mod direct, **de evaluarea individuala a ofertanților, prin filtrul documentelor inaintate de către aceștia si ulterior, clarificate de comisia de evaluare.**

Or, conduita Autoritatii Contractante din speța de fata nu poate convinge asupra faptului ca aceasta a inteles **ca operațiunea de verificare (evaluare) a ofertelor nu este una abstracta**. In lipsa unor verificări dictate expres de art. 171, antecitat, activitatea de evaluare a ofertelor devine una conjunkturala, subiectiva si arbitrara, comisia de evaluare putând sa respingă sau sa declare admisibilitatea unei oferte, chiar daca ea nu este pe deplin justificata.

(...)

In același sens sunt si concluziile spetei 1052 regăsită in Biblioteca de spete a ANAP, de punctul de vedere al ANAP, conform caruia: **„Astfel, consideram ca un document constatator contestat in instanta si cu privire la care inca nu a fost pronuntata o hotarare definitiva** nu poate produce efecte juridice si, prin urmare, nu poate fi luat in considerare de către autoritatiile contractante in vederea excluderii de la procedura a operatorului economic in cauza, cu atat mai mult in situatia in care instanta investita cu soluționarea contestatiei a dispus suspendarea documentului constatator respectiv. **Astfel, în raport de prevederile art. 634 din Codul de procedura civila, consideram ca, pana la pronunțarea unei hotarari definitive** orice ofertant este indreptatit sa completeze in DUAE cu mențiunea „NU” la rubrica „încetare anticipata, daune interese sau alte sancțiuni”.

În contextul celor mai sus reliefate, este de amintit că, în cuprinsul Deciziei civile nr. 3583/25.09.2017, a Curții de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, s-a reținut, în referire la interpretarea art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, similar art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, că enumerarea din conținutul acestei norme nu vizează necesitatea identificării prejudiciului ca element al faptei de încălcare gravă a obligațiilor principale care îi reveneau operatorului ofertant în cadrul unui contract de achiziții publice sau al unui contract sectorial, ci și **încetarea anticipată** a respectivului contract, aspect care rezultă inclusiv din ambele reglementări, atât din OUG nr. 34/2016, cât și din Legea nr. 99/2016, astfel încât nu era necesară sau esențială pentru legalitatea respingerii ofertei ca inacceptabilă precizarea de către autoritatea contractantă a prejudiciului în sumă absolută suferit prin încetarea anticipată a acordurilor-cadru, ci din perspectiva certitudinii producerii daunelor suferite de autoritate urmare **a încetării anticipate a respectivului contract** (...).

Cele mai sus expuse conduc la concluzia necesității unei **evaluări amănunțite** a autorității contractante vizavi de documentul constatator în discuție, corelativ cu necesitatea expunerii detaliate a respectivei evaluări în documentele întocmite, astfel încât Consiliul, instanța sau orice alt organ de control să poată decide asupra legalității măsurii luate de achizitoare de a exclude sau păstra în procedură ofertanta ... SRL.

Din cele mai sus redete se poate observa că ofertanta ... SRL a inițiat demersuri judiciare împotriva documentelor constatatoare și a

transmis achizitoarei, la solicitările de clarificare adresate, în mod detaliat faptele și împrejurările relevante.

Astfel, ofertanta contestatoare a prezentat explicații detaliate și a adus justificări concrete în legătură cu motivele/cauzele care au dus la emiterea de către ... a documentului constatatator negativ, prin răspunsurile la solicitările de clarificari, respectiv adresa nr. 10070824/07.08.2024 și adresa nr. 1210824/21.08.2024 anterior redată în integralitate.

Sumarizând cele comunicate prin răspunsurile furnizate, Consiliul punctează următoarele aspecte comunicate de ... SRL :

- documentul constatatator publicat pe SEAP sub nr. . a fost emis în legătură cu *Contractul de achiziție publică nr. 281/22.09.2021*, care a fost încheiat între ., în calitate de autoritatea contractantă și asocierea din și ... SRL;

- obiectul contractului consta în achiziția a 465 complete fixe de control EES, a 409 dispozitive mobile de control EES, a unei platforme de management centralizat dispozitive mobile de control, a 134 cititoare fixe de documente de călătorie/vize și a 29 cititoare fixe de amprente;

- asocierea și ... SRL a predat toate dispozitivele care formează obiectul Contractului, iar toate dispozitivele, cu excepția celor 409 dispozitive mobile, au fost recepționate de către ... ca fiind conforme cu contractul. În mod corespunzător, toate sumele datorate potrivit contractului de către ... pentru dispozitivele recepționate au fost achitate către asociere;

- în ceea ce privește dispozitivele mobile, deși acceptanța cantitativă a acestora a avut loc, ... a respins în mai multe rânduri recepția dispozitivelor mobile, invocând nerespectarea unor cerințe;

- ... a comunicat Adresa nr. 219722 prin care a reziliat Contractul în ceea ce privește cele 409 dispozitive mobile („Notificarea de Reziliere”).

- în Notificarea de Reziliere, ... a menționat că a reziliat *Contractul de achiziție publică nr. 281/22.09.2021* exclusiv în ceea ce privește obligația de furnizare a 409 dispozitive mobile de control, începând cu data notificării, în contextul respingerii recepției cantitative și calitative a celor 409 dispozitive mobile de control EES, ca urmare a neremedierii neconformităților constatate la recepțiile anterioare, precum și faptului că până la data ultimei recepții (i.e. 25.04.2024) au fost înregistrate 725 de zile de întârziere pentru 391 dispozitive mobile de control și 435 zile de întârziere pentru 18 dispozitive mobile de control;

- membrii asocierii și ... SRL au contestat măsura rezilierii solicitând în fața Tribunalului București anularea acesteia pentru nelegalitate, fiind format astfel dosarul nr. .., cu termen de judecată la data de 04.10.2024;

- cu privire la legalitatea și temeinicia documentului constatatator, ... SRL a solicitat în instanță, prin două acțiuni distincte:

i) atât suspendarea Documentului constatator negativ nr. 220254/18.06.2024, înregistrat în SEAP cu nr. .. - dosar nr. .., aflat pe rolul Tribunalului București, cât și

ii) anularea Documentului constatator negativ nr. 220254/18.06.2024, înregistrat în SEAP cu nr. A.. - dosar nr. 24082/3/2024, cu primul termen de judecată la 07.10.2024;

- situația privind executarea *Contractului de achiziție publică nr. 281/22.09.2021* în legătură cu care a fost emis Documentul Constatator negativ nr. 220254/18.06.2024, înregistrat în SEAP cu nr. .. este una complexă;

- măsura rezilierii contractului a fost dispusă de ... exclusiv ca urmare a întârzierilor în legătură cu o parte din obiectul Contractului, anume pentru cele 409 dispozitive mobile de control EES, în valoare totală de aprox. 4.539.900 lei (din valoarea totală a Contractului de aproximativ 24 milioane lei).

În raport de cele mai sus reținute se constată că ... SRL a depus diligențe și a luat toate măsurile disponibile conform legii pentru a dovedi nelegalitatea documentului constatator, a publicării acestuia pe SEAP și a măsurii rezilierii *Contractului de achiziție publică nr. 281/22.09.2021* (la care s-a raportat ... în emiterea documentului constatator) și, nu în ultimul rând, pentru a arată că penalitățile stabilite de ... nu sunt datorate de către ... SRL.

Din lucrările membrilor comisiei de evaluare Consiliul determină că în lipsa unor verificări stabilite expres de art. 171, antecitat, activitatea de evaluare a ofertelor a înregistrat abateri de la cadrul legal, autoritatea contractantă nejustificând, de ce nu a luat în considerare explicațiile prezentate.

Ori, așa cum reiese din ansamblul considerentelor anterior expuse comisia de evaluare este ținută să respecte principiile egalității de tratament și proporționalității, efectul acestora în asigurarea securității juridice a procedurii de atribuire fiind influențat, în mod direct, de evaluarea individuală a ofertanților, prin filtrul documentelor înaintate de către aceștia și ulterior, clarificate de comisia de evaluare.

Pe de altă parte, asupra caracterului adecvat/neadecvat pentru demonstrarea credibilității ofertantului vizavi de măsurile luate de acesta din urmă, autoritatea contractantă este de asemenea îndreptățită să aibă o apreciere proprie, însă această apreciere trebuie să fie una motivată.

Într-adevăr, nu poate fi contestată activitatea comisiei de evaluare care a avut un rol activ și a solicitat clarificări vizavi de aspectele care au stat la baza rezilierii contractului și dovezi privind credibilitatea, însă Consiliul constată că demersurile comisiei nu au fost finalizate, prin detalierea argumentelor care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei în cauză, precum și a motivelor care au stat la baza neluării în considerare a justificărilor aduse de către ofertanta ... SRL și a

documentelor depuse de aceasta prin adresele 1007824/07.08.2024 și respectiv nr. 121824/21.08.2024 anterior redade.

Nici din *Procesul-verbal înregistrat sub nr. 572013/28.08.2024 privind evaluarea documentelor-suport depuse de ofertant pentru demonstrarea informațiilor din DUA* și nici din punctul de vedere nu rezultă care au fost **motivele concrete** pentru care măsurile și documentele depuse de ofertantă pentru a dovedi nelegalitatea documentului constatator și a publicării acestuia pe SEAP și a măsurii rezilierii *Contractului de achiziție publică nr. 281/22.09.2021* nu au fost relevante, achizitoarea mărgininu-se indice că ... SRL se încadrează în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) coroborat cu art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, motivul fiind: *întrucât la data de 09.07.2024 a fost publicat în SEAP Documentul constatator negativ nr. 220254/18.06.2024, înregistrat în SEAP cu nr. AD1129614, din care rezultă nereguli în ceea ce privește îndeplinirea corespunzătoare a contractului, motiv pentru care contractul a fost reziliat, cu prejudicii aduse autorității contractante (Inspectoratul General al Poliției de Frontieră) prin "pierderea finanțării exterite nerambursabile ca urmare a nelivrării celor 409 dispozitive mobile de control EES, respectiv valoarea de 4.844.605,00 /lei fără TVA".*

Așa cum a fost anterior redat în Hotărârea din 3 octombrie 2019 în

cauza C-267/18 . SA împotriva Companiei Naționale de Administrare a

Infrastructurii Rutiere SA, **CJUE a reținut următoarele:**

27. **Stabilirea unei relații de încredere între autoritatea contractantă și ofertantul câștigător presupune, așadar, ca această autoritate contractantă să nu fie în mod automat ținută de aprecierea făcută, în cadrul unui contract de achiziții publice anterior, de o altă autoritate contractantă, în special pentru a fi în măsură să acorde o atenție deosebită principiului proporționalității la momentul aplicării cauzelor facultative de excludere** (a se vedea în acest sens Hotărârea din 19 iunie 2019,

Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, punctele 30 și 32). **Astfel, acest principiu impune ca**

autoritatea contractantă să examineze și să aprecieze ea însăși faptele. (...)

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

Prezintă relevanță în cauză cu titlu jurisprudențial și cele invocate de contestatoare respectiv:

In cauza C-171/15, avand ca obiect o cerere de decizie preliminara formulata in temeiul articolului 267 TFUE de Hoge Raad der Nederlanden (Curtea Suprema a Tarilor de Jos), **prin decizia din 27.03.2015, primita de Curte la 15.04.2015**, in procedura Connexxion Taxi Services BV împotriva Staat der Nederlanden - Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, Transvision BV, Rotterdamse Mobiliteit Centrale RMC BV, Zorgvervoercentrale Nederland BV, instanta europeana a dispus: „**Dreptul Uniunii, in special articolul 45 alineatul (2) din Directiva 2004/18/CE privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri si de servicii, nu se opune ca o reglementare naționala precum cea in discuție in litigiul principal sa oblige o autoritate contractanta sa analizeze, in conformitate cu principiul proportionalitatii, daca trebuie realizata efectiv excluderea de la un contract de achiziții publice a unui candidat care se face vinovat de o abatere profesionala grava**".

Aceeași abordare a îmbrățișat și Curtea de Apel Târgu – Mureș în Decizia nr. 759/R/10.12.2021, fiind reținute următoarele considerente:

În egală măsură, documentele constatatoare nu au un caracter determinant în verificarea cazului de excludere facultativă prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016. În acest sens, atât practica constantă a C.N.S.C, cât și jurisprudența națională în materie (determinată de jurisprudența CJUE amintită) sunt în sensul că, **inclusiv în situația confirmării judiciare a valabilității unui document constatator, autoritatea contractantă efectuează o analiză proprie a motivului de excludere și prin prisma gravității abaterii săvârșite dar și a dovezilor aduse de ofertant în susținerea fiabilității și credibilității sale**.

Aceleași concluzii de netemeinicie vor fi reținute de Consiliu și în ceea ce privește cel de-a doilea motiv reținut de membrii comisiei de evaluare vizavi de neplata penalităților.

Așa cum a fost mai sus redat, contestatoarea în cuprinsul răspunsurilor nr. 1007824/07.08.2024 și respectiv nr. 121824/21.08.2024 furnizate la solicitările de clarificare adresate a precizat măsurile întreprinse și a furnizat dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere, respectiv:

Dovezile avute în vedere prin raportare la Credibilitatea ... trebuie apreciată în concret, deci având în vedere deopotrivă relația cu ..., cât și obiectul specific al Procedurii Relevante și la care participă ... SRL, astfel:

- în considerarea textului art. 171 (alin. 3) din Legea 98/2016 și a demersurilor derulate în instanță de către ... prin care a contestat atât temeiul rezilierii Contractului nr. 281/2021, dar și temeiul și quantumul penalităților și despăgubirilor aferente rezilierii Contractului nr. 281/2021, ... indică cu privire la penalități și despăgubiri că va respecta orice hotărâre executorie a instanței de judecată competente care stabilește în sarcina ... obligația de plată a unor sume aferente relației cu ... aferent Contractului nr. 281/2021. Dacă s-ar acționa prin plată la acest moment, deși există pe rolul instanțelor relevante toate acțiunile prezentate care pun la îndoială chiar temeiul acestor sume, ar fi lipsite de temeinicie demersurile derulate în fața instanței cu privire la Documentul Constatator și/sau cu privire la Contractul nr. 281/2021;

- toate sumele facturate de către ... ca penalități, cu excepția sumei aferente dispozitivelor mobile pentru care există o acțiune în instanță inclusiv în scopul clarificării temeiniciei și quantumului respectivelor penalități, au fost achitate de ..., în calitate de lider al Asocierii; toate plățile au fost efectuate de ... cu respectarea scadenței și cu bună-credință - de exemplu ... a achitat facturi de penalități deși au devenit scadente după data la care ... a indicat rezilierea Contractului;

- ... a avut o conduită activă orientată spre soluționarea promptă a aspectelor contractuale sau operaționale din Contract aflate în control său exclusiv; de altfel, chiar s-a furnizat o facilitate (neinclusă în caietul de sarcini) care ar fi permis ... sa efectueze o serie de configurari, inclusiv sa adauge tipurile de documente de calatorie;

- ... SRL deține documente constatatoare care atestă implementarea cu succes a unor contracte având obiect similar cu al Procedurii Relevante (acestea sunt atașate ca Anexa 11); asadar, ... SRL poate demonstra că a executat contracte cu obiect similar/identice cu cel al Procedurii Relevante, ceea ce trebuie să fie considerat relevant pentru constatarea în concret a credibilității ... SRL și deci pentru constatarea în concret a ... SRL ca prezentând credibilitate;

- totodată, ... SRL deține documente constatatoare care atestă implementarea cu succes a unor contracte de achiziție publică încheiate cu chiar autoritatea contractantă din Procedura Relevantă (Anexa 12 documente constatatoare emise de autoritatea contractantă în alte proiecte derulate de ...);

- Documentul Constatator fiind o situație cu totul izolată și excepțională, care nu poate fi văzută ca definitorie pentru judecarea credibilității ... SRL; conform informațiilor disponibile în SEAP, ... SRL deține documente constatatoare pozitive în cel puțin 60 de proceduri de achiziție publică, ceea ce trebuie să fie considerat de fapt relevant pentru conturarea credibilității ... SRL (Anexa 13 lista documente constatatoare - extras SEAP);

- ... SRL deține documente constatatoare care atestă implementarea cu succes a unor contracte de achiziție publică încheiate cu chiar autoritatea publică ..., ceea ce trebuie să fie considerat relevant pentru constatarea în concret a credibilității ... SRL și deci pentru constatarea în concret a ... SRL ca prezentând credibilitate (Anexa 14 documente constatatoare emise de ... în alte proiecte derulate de ...);

- nu în ultimul rând, ... SRL deține autorizație 5G, ceea ce trebuie să fie considerat relevant pentru constatarea în concret a credibilității ... SRL (Anexa 15).

Procedând de maniera arătată, la respingerea ofertei fără o analiză a documentelor prezentate în susținerea credibilității, autoritatea contractantă nu a finalizat evaluarea ofertei în discuție, motivul de respingere fiind, pe cale de consecință, eronat ca și decizia de respingere a ofertei ... SRL.

Este adevărat că evaluarea dovezilor prezentate de un ofertant sancționat (prin eliberarea unui document constatator negativ) cade în sarcina autorității contractante, dar, din examinarea actelor evaluării, nu se regăsesc dovezi ale efectuării unei asemenea analize, anume de ce nu au fost considerate pertinente dovezile prezentate ca fiind de natură a justifica credibilitatea operatorului economic, justificarea pentru care s-a considerat astfel.

În considerarea celor antemenționate sunt de reamintit considerentele reținute de Curtea de Apel Oradea – Secția de Contencios Administrativ și Fiscal, prin Decizia nr. 481/CA/04.08.2022: De asemenea, din interpretarea sistematică a dispozițiilor legale menționate, care transpun în dreptul intern legislația secundară a U.E. în materie de achiziții publice, rezultă că **dreptul autorității contractante de a aprecia dacă se impune sau nu excluderea ofertantului aflat în situația prevăzută de la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 mai cunoaște o limitare constând în obligația autorității contractante de a-i da posibilitatea ofertantului interesat să aducă dovezi privind luarea unor măsuri corective, de natură a înlătura cauzele care au determinat incidența motivului de excludere.**

Pe de altă parte, asupra caracterului adecvat pentru demonstrarea credibilității ofertantului al măsurilor luate de acesta din urmă, **autoritatea contractantă este de asemenea îndreptățită să aibă o apreciere proprie, însă această apreciere trebuie să fie una motivată.**

Așa cum a fost anterior reținut din jurisprudența invocată, simpla declarare privind pretinsa insuficiență a măsurilor întreprinse de ... SRL nu poate constitui o justificare temeinică a deciziei de înlăturare a acestor măsuri luate de ofertantă, criticile formulate de contestatoarea fiind întemeiate.

Având în vedere dispozițiile legale mai sus redată, Consiliul reține că prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) nu trebuie utilizate ca un instrument de excludere a oricărui operator economic care a greșit la un moment în contextul îndeplinirii unui contract, cu atât mai mult cu cât este posibil să existe o culpă comună a autorității contractante și executantului. Astfel, aprecierea lăsată la latitudinea autorității contractante nu trebuie interpretată ca fiind echivalentă cu un drept ce poate fi exercitat în orice condiții, sau că existența documentului constatator, conduce, de drept, la respingerea ofertantului.

Potrivit dispozițiilor legale incidente art. 171 precizează:

(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.**

Asupra temeiniciei/netemeiniciei susținerilor contestatoarei vizavi de modalitatea de derulare a *Contractului de achiziție publică nr. 281/22.09.2021* pentru care autoritatea contractantă beneficiară a emis documentul constatator negativ privind neîndeplinirea obligațiilor în cauză și asupra măsurilor de credibilitate furnizate de ... SRL, Consiliul nu se poate pronunța, în lipsa analizei punctuale și amănunțite din partea membrilor comisiei de evaluare.

Astfel se reține că această verificare nu poate fi realizată de Consiliu, întrucât s-ar subroga atribuțiilor comisiei de evaluare, sens în care sunt redată considerentele reținute în Decizia civilă nr. 525/11.09.2019 de Curtea de Apel București într-o cauză având ca parte chiar pe contestatorul de față, și anume: În altă ordine de idei, instanța este de acord cu punctul de vedere al petentei în sensul că din coroborarea dispozițiilor legale incidente reiese faptul că analiza îndeplinirii cumulative a prevederilor art. 167 alin. 1 lit. g și implicit h din Legea nr. 98/2016, nu putea fi făcută direct de către CNSC, cu ocazia soluționării contestației, pe această cale putând numai fi verificată legalitatea și temeinicia deciziei autorității contractante luate în urma analizei verificării credibilității operatorului, potrivit prevederilor art. 171 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016.

În mod similar a decis și Curtea Europeană de Justiție în Hotărârea pronunțată la 19 iunie 2019 în cauza C-41/18 (*Meca SRL împotriva Comune di Napoli*) a statuat: 28. În al doilea rând, potrivit articolului 57 alineatul (4) din Directiva 2014/24, „[autoritățile contractante pot exclude sau statele membre le pot solicita acestora să excludă de la participarea la o procedură de achiziție publică orice operator economic aflat în oricare din situațiile [menționate la această dispoziție]”. **Astfel, din textul dispoziției respective rezultă că autoritățile contractante, iar nu instanța**

națională, sunt cele cărora lea fost încredințată sarcina de a aprecia dacă un operator economic trebuie să fie exclus dintr-o procedură de achiziții publice.

Numai după efectuarea de către achizitoare, prin membrii comisiei de evaluare a unei analize riguroase și o evaluare proprie a comportamentului ... SRL, vizavi de mențiunile din cuprinsul documentului constatator negativ emis se poate analiza temeinicia/netemeinicia criticilor formulate de ... SRL.

Față de cele anterior menționate, constatând că nu se poate substitui membrilor comisiei de evaluare, Consiliul apreciază că în speță se impune ca autoritatea contractantă să revizuiască actele evaluării, respectiv să reanalizeze *Răspunsul nr. 1007824/07.08.2024 și nr. 121824/21.08.2024* în legătură cu aspectele criticate, motiv pentru care admite, în limita considerentelor de mai sus, criticile formulate de ... SRL.

Sub acest aspect, Consiliul are în vedere că orice decizie cu privire la admiterea sau respingerea ofertei depuse de ofertanta ... SRL trebuie luată de membrii comisiei de evaluare, doar după analizarea situației concrete și a justificărilor oferite de acest ofertant, cu luarea în considerare a dispozițiilor legale amintite.

În activitatea sa, comisia de evaluare trebuia să continue analiza și să o finalizeze, prin verificarea temeinică a răspunsurilor primite de la ofertanta contestatoare, *inclusiv* documentele anexate la acestea și să stabilească, în mod concret, punctual, cu trimiteri exacte, de ce anume reține sau nu un anumit motiv de respingere, de ce anume nu poate lua în considerare vreo dovadă/vreun document justificativ depus de contestatoare, a stadiului dosarelor aflate pe rolul instanțelor sau a măsurilor adoptate pentru demonstrarea credibilității.

Așadar, pentru motivele arătate, se constată că se impune reluarea procedurii de atribuire, cu obligarea autorității contractante la reverificarea răspunsurilor furnizate inclusiv a documentelor anexate acestora, Consiliul neputându-se substitui în atribuțiile comisiei de evaluare.

Consiliul găsește util a face trimitere și la următoarele decizii pronunțate de Consiliu, abordarea instanțelor de judecată fiind în aceeași direcție: Decizia nr. 1070/C2/1091/24.05.2021, Decizia nr. 1026/C8 /981/18.05.2021, Decizia nr. 888/C2/869/20.04.2023, Decizia nr. 885/C9/738, 740/20.04.2023, Decizia nr. 2500/C9/2727/24.10.2023 menținută de Curtea de Apel București prin Hotărârea nr. 6/2024/17.01.2024.

Fiind constatată excluderea netemeinică a ofertantei ... SRL, Consiliul va anula această decizie a autorității contractante și, în consecință, decizia de anulare a procedurii de atribuire. Anulează *Procesul-verbal înregistrat sub nr. 572013/28.08.2024 privind evaluarea documentelor-suport depuse de ofertant pentru demonstrarea*

informațiilor din DUAЕ, Raportul procedurii nr. 572067/30.08.2024 și comunicarea privind rezultatul procedurii.

Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei ... SRL și stabilirea rezultatului procedurii, în termen de 15 zile de la primirea deciziei, cu respectarea celor din motivare, a documentației de atribuire și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice. Rezultatul procedurii va fi comunicat în termenul legal.

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 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite contestația formulată de ... SRL, în contradictoriu cu

Anulează *Procesul-verbal înregistrat sub nr. 572013/28.08.2024 privind evaluarea documentelor-suport depuse de ofertant pentru demonstrarea informațiilor din DUAЕ, Raportul procedurii nr. 572067/30.08.2024* și comunicarea privind rezultatul procedurii.

Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei ... SRL și stabilirea rezultatului procedurii, în termen de 15 zile de la primirea deciziei, cu respectarea celor din motivare, a documentației de atribuire și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice. Rezultatul procedurii va fi comunicat în termenul legal.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

PREȘEDINTE,

.

MEMBRU,

.

MEMBRU,

.

Redactată în 4 exemplare originale, conține 41 pagini.