

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

DECIZIE

Nr. ...

Data: 23.06.2023

Prin contestația cu nr. 81/08.05.2023, înregistrată la C.N.S.C sub nr. 24679/09.05.2023, formulată de către societatea ..., cu sediul în ..., având CUI RO ..., înregistrată la registrul comerțului sub nr. ..., reprezentată legal de ... – administrator, împotriva raportului proceduri nr. 35935/02.05.2023 emis în cadrul procedurii de achiziție publică organizată de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, derulată online, privind încheierea acordului-cadru de furnizare având ca obiect „*Achiziția de produse alimentare ce intră în structura normelor de hrană ale persoanelor private de libertate (5 loturi) pentru o perioadă de 8 luni*”, lot 1 – „*biscuiți*”, cod CPV 15800000-6 Diverse produse alimentare (Rev.2), (anunț de participare nr. .../19.01.2023), s-au solicitat Consiliului următoarele:

- *anularea raportului procedurii;*
- *obligarea autorității contractante la excluderea de la procedură în privința lotului 1 a participanților ... și ... (oferanți care se află sub incidența unor motive de excludere) și la desemnarea unor noi câștigători pentru lotul în discuție, dintre cei care îndeplinesc condițiile legale.*

Prin încheierea nr. ..., Consiliul a suspendat soluționarea contestației nr. 81/08.05.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 24679/09.05.2023, formulată de către ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., până la rămânerea definitivă a hotărârii care va fi pronunțată de Curtea de Apel București, Secția a X-a de Contencios Administrativ și Fiscal, în dosarul nr.

Prin încheierea nr. ..., Consiliul a dispus repunerea pe rol a procedurii de soluționare a contestației nr. 81/ 08.05.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 24679/09.05.2023, formulată de către ..., contestația fiind formulată în contradictoriu cu autoritatea contractantă

În luarea deciziei asupra
cauzelor de față,

Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor

reține următoarele:

Prin contestația cu nr. 81/08.05.2023, înregistrată la C.N.S.C sub nr. 24679/09.05.2023, ... arată că, ulterior Deciziei CNSC nr. ..., autoritatea contractantă a solicitat celor doi ofertanți clarificări, prin adresa nr. 35/22/26.04.2023 pentru ... și adresa nr. 35/23/26.04.2023 pentru

Contestatoarea menționează că societatea ... a transmis răspunsul său (și documente anexă) prin adresa nr. 115/27.04.2023, prin care a arătat că a luat cunoștință despre existența documentelor constatatoare omise la declarare cu ocazia primirii solicitării de clarificări, societatea ... susținând că a consultat secțiunea SEAP unde sunt încărcate documentele constatatoare negative și a identificat un număr de 18 astfel de documente emise în ultimi 3 ani, certificate despre care a luat cunoștință abia după consultarea SEAP și prezintă situațiile care au dus la emiterea acestora și măsurile de remediere pe care le-a luat pentru a preîntâmpina acele situații.

În ceea ce privește societatea ..., contestatoarea precizează că aceasta a transmis, de asemenea, răspunsul său printr-o adresă fără număr și nedatat, prin care a arătat că a luat la cunoștință despre existența certificatului nedeclarat abia la data de 03.04.2023, în urma demersurilor pe care le-a făcut la emitent. Arată apoi care a fost contextul emiterii certificatului negativ, faptul că nu au fost produse prejudicii și care sunt măsurile de remediere pe care le-a luat pentru a evita situațiile care au dus la emiterea documentului. Comisia de evaluare din cadrul autorității contractante a acceptat explicațiile oferite de cei doi ofertanți și a concluzionat că ofertele depuse de aceștia sunt acceptabile, conforme și admisibile, ceea ce a condus la menținerea clasamentului stabilit inițial.

În drept, ... susține că autoritatea contractantă a procedat prin nesocotirea considerentelor Deciziei CNSC nr. ..., acceptând explicații străine cauzei, care nu înlătură aplicarea dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. h) și i) din Legea nr. 98/2016. Ori, potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, decizia CNSC este obligatorie pentru părțile cauzei.

De asemenea, reiterează că, în considerentele deciziei CNSC se indică în mod clar coordonatele în care urma să se reia procedura de atribuire - prin solicitarea de clarificări vizând strict motivele pentru care ofertanții contestați nu au completat DUAE cu informațiile privind documentele constatatoare identificate de Clarificările au ca scop verificare cazului de excludere prevăzut la lit. h) și i) din legea nr. 98/2016.

În realitate însă, ambii ofertanți au arătat foarte pe scurt și fără nicio altă explicație faptul că nu ar fi avut cunoștință de documentele

invocate de către societatea sa, urmând apoi o serie lungă de argumente total străine cauzei, care se referă la contextul emiterii documentelor și măsuri ce au fost luate pentru a preîntâmpina rezilieri viitoare.

În opinia sa, în mod netemeinic, autoritatea contractantă a acceptat aceste explicații și a ajuns la concluzia neaplicării cazului de excludere, astfel că pare că se persistă (cel puțin din partea celor doi ofertanți) în confuzia cu privire la stricta delimitare a cazului de excludere de la lit. g) de cazul de excludere de la lit. h)/i) ale art. 167.

Societatea ... consideră că explicațiile ofertanților sunt străine cauzei, întrucât în acest stadiu al procedurii nu sunt puse în discuție rezilierile invocate din perspectiva condițiilor în care au intervenit, ci doar din perspectiva nedeclarării acestora. Legalitatea sau temeinicia documentelor constatatoare poate fi analizată doar de către instanța de contencios administrativ investită cu acțiunea în anularea acestora. Până la o eventuală anulare, documentele constatatoare trebuie declarate, fiind acte administrative care își produc pe deplin efectele.

Ori, tocmai motivele nedeclarării ar fi trebuit cercetate de către autoritatea contractantă subsecvent deciziei CNSC. Cei doi ofertanți trec însă suspect de repede peste aspectul relevant, invocând pretinsa necunoaștere.

Contestatoarea opinează că este greu de imaginat însă o astfel de ipoteză, a neîndeplinirii obligației autorităților emitente de a comunica documentele constatatoare.

În acest sens, menționează că s-a depus la dosar o corespondență mail purtată de ... cu ... în luna aprilie. Din această corespondență se poate trage însă o singură concluzie - împrejurarea că în luna aprilie 2023 s-a comunicat documentul constatator; nicidecum nu se poate trage concluzia că acest document nu ar fi fost comunicat și la momentul emiterii sale.

De asemenea, arată că acest argument al necunoașterii a fost acceptat de autoritatea contractantă, în mod netemeinic, întrucât nu se poate invoca necunoașterea unui act administrativ care a devenit public prin publicarea acestuia în platforma SEAP, tocmai platforma pe care ofertanții o folosesc în procesul achiziției publice.

În opinia sa, certificatul negativ emis ofertantului ... și majoritatea certificatelor emise ofertantului PARHAN se referă la refuzuri de a semna contracte (refuzuri care trebuie de asemenea declarate în DUAE, întrucât potrivit dispozițiilor art. 144 alin. (1) din HG nr. 395/2016 este asimilabil situației prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016). Ori, în aceste condiții, ofertanții nu pot pretinde că nu aveau cunoștință despre propriul refuz de a semna un contract. Acest refuz trebuie declarat chiar și în lipsa emiterii unui certificat negativ, în condițiile în care dovedirea unor eventuale motive de excludere se face cu orice mijloc de probă.

Contestatoarea subliniază că nu este prima procedură de achiziție publică în cadrul căreia cei doi ofertanți au procedat la declararea necorespunzătoare în cuprinsul DUAЕ, făcând trimitere la o procedură organizată de către penitenciarul Jilava în anul 2020.

În aceste condiții, susține că, chiar dacă s-ar admite că ofertanții nu au completat cu rea-credință DUAЕ, totuși neverificarea bazei de date în privința certificatelor emise către propria societate nu reprezintă o scuză care să ducă la neaplicarea motivului de excludere. Cele două motive de excludere prezentate la lit. h) și i) se referă practic la ipoteze similare în privința faptului nedeclarării de informații cu potențial de a influența decizia comisiei de evaluare. Diferența o constituie forma de vinovăție, dar legea sancționează în mod expres neglijența operatorului (lit. i). Prin urmare, culpa este sancționată în aceeași măsură cu intenția, or neverificarea bazei de date reprezintă în mod cert o astfel de neglijență și denotă o atitudine superficială a operatorului economic.

În concluzie, față de motivele invocate, societatea ... solicită CNSC să constate că explicațiile ofertanților nu sunt de natură să înlăture aplicarea cazului de excludere de la lit. h)/i), și prin urmare să anulați noul raport al procedurii și să obligați autoritatea contractantă la excluderea de la procedură în privința lotului nr. 1 a participanților ... și ... (ofertanți care se află sub incidența unor motive de excludere) și la desemnarea unor noi câștigători pentru lotul în discuție, dintre cei care îndeplinesc condițiile legale.

Contestatoarea reamintește că normele care reglementează cazurile de excludere sunt norme imperative, a căror încălcare este sancționată cu nulitatea absolută, care poate fi invocată de orice participant la procedură.

Pin adresa nr. ..., în temeiul art. 61¹ alin. (2²) din Legea nr. 101/2016, Consiliul i-a solicitat contestatoarei să transmită la dosarul cauzei dovada constituirii cauțiunii în quantumul legal de 841,72 lei.,

Prin corespondența înregistrată la C.N.S.C cu nr. 25463/11.05.2023, ... a transmis, în original, recipisa de consemnare nr. 209128934/1 din 10.05.2023, în valoare de 842 lei, document emis de CEC BANK – Unitatea Victoriei.

Prin adresa nr. 31324/1231/C6/12.06.2023, Consiliul a solicitat autorității contractante următoarele:

- punctul de vedere referitor la contestație;
- documentele emise sau primite de autoritatea contractantă ulterior deciziei CNSC nr.

Prin adresa nr. 412988/14.06.2023, înregistrată la C.N.SC cu nr. 32072/14.06.2023, autoritatea contractantă ... transmite punct de vedere cu privire la contestația depusă de către societatea

În conținutul acestuia invocă și redă prevederile art. 171 din Legea nr. 98/2016. Ori, și prin raportare la înscrisurile dosarului ... constată că ofertantul ... face trimitere la DUAЕ - Partea a III-a cu referire la

„Încetarea anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni compatibile” și cu indicarea întrebării dacă „Operatorul economic s-a aflat într-o situație în care un contract de achiziții publice anterior, un contract anterior încheiat cu o entitate contractantă sau un alt contract de cesiune anterior a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni comparabile în legătură cu respectivul contract anterior. Ori, din analiza documentului constatator nr. 34234/ 18.10.2021 emis de ... pentru ofertantul clasat pe primul loc în cadrul lotului contestat, respectiv ..., reiese că acest operator economic a refuzat să semneze contractul, fără a rezulta că au fost produse prejudicii. Ca urmare, nu poate fi vorba despre o reziliere a contractului și despre daune-interese sau alte sancțiuni.

Prin raportare la textul de lege invocat de către societatea ..., respectiv art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă consideră că, în speță, aceste dispoziții nu sunt aplicabile.

În concluzie, având în vedere textul formularului DUAE la care societatea ... face trimitere, situația rezultată din documentul constatator nr. 34234/18.10.2021 emis de ... și nu în ultimul rând norma legală prezentată, ... consideră că ofertantul a răspuns în mod corect „Nu” în cadrul punctului C: Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale - „încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile” din DUAE, întrucât acesta nu se regăsea în vreuna din situațiile prezentate în formular, susținând că documentul constatator (nr. 34234/18.10.2021 emis de ...) nu prezintă aspecte de natura celor solicitate a fi declarate prin DUAE.

Drept urmare, în raport de cele prezentate, autoritatea contractantă solicită CNSC să respingă ca nefondată contestația depusă de către ... pentru a avea posibilitatea încheierii acordului-cadru privind furnizarea lotului 1 – „biscuiți” în vederea asigurării dreptului la hrănire a persoanelor private de libertate.

Prin adresa nr. 41144/14.06.2023, înregistrată la C.N.SC cu nr. 32072/14.06.2023, autoritatea contractantă a înaintat documentele necesare soluționării contestației.

Prin adresa nr. 122/19.06.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 32826/19.06.2023, societatea ... a înaintat un răspuns la punctul de vedere al autorității contractante, subliniind că aprecierea ..., în sensul că, certificatul emis de ... nu ar conține aspecte care ar trebui declarate în DUAE este contrară celor stabilite cu autoritate de lucru judecat de către CNSC în decizia sa anterioară, în care s-a tranșat problema necesității declarării în DUAE a certificatelor invocate de ...; CNSC a constatat astfel că aceste certificate ar fi trebuit declarate ca ofertanți [autoritatea contractantă face abstracție astfel de dispozițiile art. 144 alin. (1) din HG nr. 395/2016 și care stabilesc că refuzul de semnare a unui contract de achiziție publică este asimilabil situației prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016]

De asemenea, contestatoarea subliniază că autoritatea contractantă nu a ținut cont de considerentele anterioare ale CNSC, în sensul în care a constatat ofertele admisibile, deși cei doi ofertanți nu au oferit explicații plauzibile legate de motivele nedeclarării certificatelor constatatoare – cu toate că CNSC a impus ca solicitarea de clarificări să se refere la astfel de motive.

Totodată, ... susține că prin răspunsurile oferite, cei doi ofertanți nu au făcut dovada unor împrejurări obiective care au determinat nedeclararea, pretinsa necunoaștere a certificatelor neputând fi avută în vedere (atâta timp cât certificatele sunt publicate în SEAP, ele sunt publice și opozabile tuturor).

Din documentele depuse la dosarul cauzei și din susținerile părților, Consiliul reține următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire prin licitație deschisă, derulată online, în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare având ca obiect *„Achiziția de produse alimentare ce intră în structura normelor de hrană ale persoanelor private de libertate (5 loturi) pentru o perioadă de 8 luni”*, cod CPV 15800000-6 Diverse produse alimentare (Rev.2), publicând, în SEAP, anunțul de participare nr. .../19.01.2023, conținând și documentația de atribuire.

La pct. II.2.5) din cadrul anunțului de participare, autoritatea contractantă a menționat că va utiliza criteriul de atribuire *„prețul cel mai scăzut”*, precizând la pct. II.1.5 că valoarea totală estimată este între 1.216.882 și 1.265.415 lei, fără TVA.

Într-un prim ciclu procesual, prin Decizia nr. ..., Consiliul s-a pronunțat astfel:

„Încuviințează, în principiu, cererea de intervenție voluntară înaintată de către ... (...)

Admite, în parte, contestația formulată de către societatea ..., (...), în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., cu sediul în ... și anulează raportul procedurii nr. 31257/22.03.2023, referitor la evaluarea ofertelor societăților ... și ..., pentru lotul 1, precum și actele subsecvente acestuia, doar în ceea ce privește demersurile asupra actelor constatatoare.

Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire în cauză cu reanalizarea ofertelor societăților ... și ..., pentru lotul 1, cu aplicarea dispozițiilor art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, doar în ceea ce privește demersurile asupra actelor constatatoare, conform celor precizate în motivare, în termen de 15 zile de la comunicare.

Respinge solicitarea contestatoarei ... de obligare a autorității contractante la excluderea de la procedură în privința acestui lot a participanților ... și ... întrucât, anterior, s-a dispus reanalizarea ofertelor acestora.

Pe cale de consecință, admite, în parte, cererea de intervenție înaintată de către societatea (...)."

Ulterior acestei decizii, autoritatea contractantă a emis raportului procedurii nr. 35935/02.05.2023, în conținutul căruia a fost precizat următorul clasament al ofertelor clasament: Locul 1 - ...; Locul 2 - ...; Locul 3 -

Nemulțumită de conținutul acestui raport al procedurii, potrivit căruia oferta sa s-a clasat pe locul al treilea, societatea ... a înaintat prezenta contestație, solicitând cele redată în preambul.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată următoarele:

Prin Încheierea nr. ..., în considerarea dispozițiilor 413 alin. (1) pct. 1 din Codul de procedură civilă, coroborat cu cele ale art. 25 din Legea nr. 101/2016, a fost suspendată soluționarea acestei contestații, până la soluționarea de către Curtea de Apel București- Secția a X-a de Contencios Administrativ și fiscal, a plângerii care formează obiectul dosarului nr.

Prin Încheierea nr. ..., Consiliul a dispus repunerea pe rol a dosarului nr. ...3 și continuarea soluționării contestației nr. 81/08.05.2023, înregistrată la C.N.S.C sub nr. 24679/ 09.05.2023, formulată de către societatea ..., în contradictoriu cu

Din verificarea portalului Curții de Apel București, Consiliul constată că aceasta s-a pronunțat asupra plângerii de mai sus, în sensul respingerii ei, ca nefondată, prin Hotărârea definitivă nr.

În aceste condiții, în pronunțarea asupra prezentei cauze, Consiliul va avea în vedere faptul că Decizia CNSC nr. ... a rămas, prin efectul legii, definitivă.

Conform dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 „*Decizia Consiliului este obligatorie pentru părțile cauzei*”, Consiliul urmând a verifica respectarea acestora de către autoritatea contractantă.

Astfel, în conținutul Decizia CNSC nr. ... se menționează:

*«Potrivit dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. h) și i) din Legea nr. 98/2016: „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: (...) 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.

Prin urmare, față de normele legale citate anterior, Consiliul va obliga autoritatea contractantă la aplicarea art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, conform căreia: „În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței”, astfel încât să solicite clarificări ofertantului ... asupra documentului constatator în discuție.

De asemenea, dispozițiile art. 171 alin. (1) din lege prevăd că „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”.

Astfel, față de cele evocate, raportat la principiul proporționalității, consacrat de art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/ 2016, Consiliul stabilește că înainte de a se constata incidența cazului de excludere al unui ofertant reglementat de art. 167 alin. (1) lit. h) și i) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă trebuie să clarifice motivele pentru care operatorul economic în discuție a ales să nu menționeze documentul constatator, despre care se face vorbire, în DUAЕ-ul depus odată cu oferta, astfel încât să dea posibilitatea acestuia în a prezenta explicații în acest sens.

Prin urmare, la acest moment, Consiliul să nu poată stabili, cu certitudine, lipsa unor asemenea argumente care să lămurească de ce s-a ales o astfel de completare a DUAЕ, drept care, din aceste considerente, nu poate reține în sarcina societății ... pretinsa culpă în furnizarea unor informații, respectiv faptul că aceasta s-ar face vinovată de declarații false în conținutul informațiilor necesare verificării absenței motivelor de excludere.

Doar ulterior parcurgerii unei etape de clarificări cu ofertantul în cauză, în funcție de răspunsurile primite, se poate decide, întemeiat, dacă acesta a furnizat, în DUAЕ, informații eronate menite să influențeze procesul de evaluare din perspectiva verificării absenței motivelor de excludere.

De asemenea, în urma răspunsurilor primite autoritatea contractantă este obligată să respecte și prevederile art. 171 alin. (2), (3) și (3¹) din Legea nr. 98/2016, conform căreia: „(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.”

O asemenea interpretare este susținută și de jurisprudența națională, relevantă fiind reținută decizia nr. 93/01.02.2021, emisă de Curtea de Apel Alba Iulia, unde instanța, având a analiza aplicabilitatea temeiului legal aplicabil achizițiilor sectoriale, corespondent art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, a consemnat „cu toate acestea, în situația în care un participant la procedură a omis a face trimitere la unele documente constatatoare, în sensul prevederilor art. 180 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 99/2016, cum este și cazul în speță, norma legală îi dă posibilitatea să-și dovedească credibilitatea, o eventuală excludere automată, fără nicio explicație, ar fi adoptată cu exces de putere de către autoritatea contractantă, fiind o măsură disproportionată”.

Totodată, se reține că această verificare nu poate fi realizată de Consiliu, întrucât s-ar subroga atribuțiilor comisiei de evaluare, sens în care sunt redate considerentele reținute în decizia civilă nr. 525/11.09.2019 de Curtea de Apel București într-o cauză având o parte chiar pe contestatorul de față, și anume: „În altă ordine de idei, (...) 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.”

Legat de acest aspect, Consiliul nu va lua în considerare explicațiile autorității contractante din punctul său de vedere nr. 32506/03.04.2023, înregistrat la CNSC cu nr. 18009/03.04.2023, față de documentul constatator nr. 34234/18.10.2021, despre care face vorbire contestația, întrucât, pe de o parte, acest document se regăsește anexat doar contestației, el nu face parte din dosarul achiziției publice, în sensul prevederilor art. 148 din HG nr. 395/2016, nu a fost analizat de către membrii comisiei de evaluare în sensul dispozițiilor art. 127 alin. (1) din același act normativ, iar pe de altă parte, nu rezultă de nicăieri că acest act ar fi fost obținut ca urmare a unor solicitări de clarificări din partea autorității în eventualitatea aplicării prevederilor art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora: „După primirea contestației, autoritatea contractantă poate adopta măsurile de remediere pe care le consideră necesare ca urmare a contestației, în cel mult 3 zile de la primirea contestației. Măsurile adoptate trebuie comunicate contestatorului, celorlalți

operatori economici implicați în procedura de atribuire, precum și Consiliului, nu mai târziu de o zi de la data adoptării lor. Pentru a fi aduse la cunoștința operatorilor economici interesați, măsurile adoptate înainte de data-limită de depunere a solicitărilor de participare sau, după caz, a ofertelor se publică în SEAP.”

În concluzie, față de cele evocate, Consiliul nu va reține ca întemeiată afirmația autorității contractante potrivit căreia nu ar avea competențe în efectuarea unei anchete cu privire la îndeplinirea/ neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către un operator economic.

Pe baza aceluiași raționament, Consiliul nu va lua în considerare nici adresa nr. 23405/16.03.2023, anexată cererii de intervenție, de către societatea ..., autoritatea fiind obligată să efectueze demersurile necesare în a primi respectivele documente, explicații și să ajungă la concluziile impuse de normele legale aferente.

În ceea ce privește afirmația autorității contractante conform căreia documentul constatator în discuție „nu a fost identificat în SEAP”, Consiliul o va respinge ca neîntemeiată, deoarece, efectuând propriile cercetări, a constatat că pe platforma SEAP, la secțiunea dedicată, este menționat: documentul constatator nr. 34234/18.oct.2021, emis de Baza de Aprovizionare, Gospodărire și Reparații - ..., cu referire la ofertantul ..., astfel:

Număr document constatator: ... Tip procedura: Licitatie deschisa

Data publicare: 23.12.2021 14:08 Anunț de participare:

Categorie document: Refuz Semnare Număr anunț de atribuire: ...

Contract

Totodată, referitor la invocarea, de către autoritate, a art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, Consiliul nu se va raporta la această normă legală, deoarece, în acest caz, autoarea contestației nu a făcut trimitere la verificarea comportamentului societății ..., ci dacă acest ofertant a completat în mod corect DUAU-ul, situație care ar atrage aplicabilitatea dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. h) și i) din același act normativ.

Având în vedere cele evocate, raportat la faptul că societatea contestatoare prezintă aceeași critică și asupra ofertantului clasat pe locul al doilea, respectiv societatea ..., Consiliul nu va mai analiza această critică, întrucât motivarea asupra ofertei depusă de către societatea ... este valabilă și în acest caz.»

Așa cum s-a menționat în decizia de mai sus, Consiliul a reținut că există, într-adevăr, emis un document constatator în care se indică neîndeplinirea obligațiilor pe numele ofertanților ... și ... și a considerat, că, la acel moment, nu au fost incidente dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. h) și i) din Legea nr. 98/2016 întrucât, din documentele existente la dosarul respectiv, nu a rezultat că aspectele sesizate au făcut obiectul unei solicitări de lămuriri din partea autorității contractante, adresate celor doi ofertanți criticați.

Prin urmare, Consiliul a stabilit că aplicarea normelor legale de mai sus se putea face sau nu „doar ulterior parcurgerii unei etape de clarificări cu ofertantul în cauză, în funcție de răspunsurile primite, se poate decide, întemeiat, dacă acesta a furnizat, în DUAU, informații

eronate menite să influențeze procesul de evaluare din perspectiva verificării absenței motivelor de excludere”, astfel încât cei doi ofertanți să aibă posibilitatea de a lămuri motivele pentru care au ales să nu le menționeze în DUAЕ-ul depus odată cu oferta, neputând fi înlăturate, *ab initio*, fiind necesare explicații pertinente care să justifice, în mod obiectiv, această omisiune.

Acesta a fost raționamentul Consiliului care nu a putut reține în sarcina ofertanților respectivi pretinsa culpă în furnizarea unor informații, respectiv faptul că aceștia s-ar fi făcut vinovați de declarații false în conținutul informațiilor necesare verificării absenței motivelor de excludere, concluzionând că, doar ulterior parcurgerii unei etape de clarificări cu societățile ... și ..., raportat la răspunsurile acestora, autoritatea contractantă ar fi putut decide, întemeiat, dacă respectivele societăți au furnizat, în DUAЕ, informații eronate menite să influențeze procesul de evaluare din perspectiva verificării absenței motivelor de excludere.

Relevant, în acest caz, este și faptul că Decizia anterioară a CNSC nr. ... a fost menținută de către Curtea de Apel București, potrivit Hotărârii definitivă nr.

De reținut este și Hotărârea definitivă nr. ... a Curții de Constanța. care a reținut următoarele:

«...Prin urmare, Curtea reține că în mod judicios a apreciat Consiliul că, raportat la normele legale incidente, în ipoteza existenței unui motiv de excludere facultativă, existența unui document constatator al situației nu conduce în mod automat la excludere, iar pe de altă parte, că revine autorității contractante obligația de a solicita clarificări și de a efectua propria evaluare cu privire la existența sau inexistența unui motiv de excludere a celor doi operatori economici ofertanți. 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.

Omisiunea declarării în DUAЕ a documentelor constatatoare poate fi calificată ca o declarație falsă în scopul ascunderii unui motiv de excludere din procedură, doar în situația în care mențiunile din documentul constatator, în urma solicitării de clarificări și dovezilor prezentate, conduc la concluzia existenței unui motiv de excludere din cele prevăzute de art. 167 din Legea nr. 98/2016, aspect care nu poate fi analizat decât de autoritatea contractantă, căreia legiuitorul îi conferă o marjă de apreciere.

Principiul proporționalității se opune unei excluderi automate, fără a-i da posibilitatea ofertantului să-și expună argumentele, dovezile sau măsurile luate, astfel cum prevăd dispozițiile art. 171 alin. (3) Legea nr. 98/2016.

Determinantă în excluderea din procedura de achiziție a unui operator economic nu este existența documentului constatator, astfel cum sugerează petenta, ci verificarea faptului că acesta reflectă îndeplinirea cumulativă a condițiilor prevăzute de art. 167 alin. (1) lit.g) din Legea nr. 98/2016, aspecte care se impun a fi verificate de către autoritatea contractantă...».

În continuare, ținând seama de cele prezentate anterior, Consiliul va analiza modul în care autoritatea contractantă s-a conformat celor dispuse prin Decizia CNSC nr. ..., rămasă definitivă.

Astfel, Consiliul constată că autoritatea contractantă, prin adresa nr. 35122/26.04.2023 (filele 196-197), a cerut ofertantului ... clarificări, referitoare la răspunsul "NU" din cadrul punctului C din DUAE și asupra *„documentelor (actelor) constatatoare privind neîndeplinirea obligațiilor contractuale care sunt menționate în contestație depusă de SC ... (...)”*, solicitându-i să clarifice măsurile de remediere luate de societatea, în conformitate cu art. 171 din Legea nr. 98/2016

Răspunsul societății ... a fost transmis cu adresa nr. 115/27.04.2023 (filele 98-104), în conținutul căreia a prezentat explicații și justificări asupra respectivelor documente constatatoare, afirmând, printre altele, că *„societății noastre nu i-au fost comunicate de către emitenți, documentele constatatoare negative enumerate mai sus ci am luat act de existența lor prin consultarea secțiunii specifice din SEAP”*, acesta fiind motivul pentru care nu a fost menționat în DUAE, precum și faptul că *„cu toate că au emis anumite documente constatatoare negative, toate autoritățile contractante emitente au încheiat noi acorduri cadru și noi contracte/contracte subsecvente de furnizare produse alimentare cu societatea noastră”*. În adresa respectivă fiind indicate și măsurile de remediere pe care societatea ... le va avea în vedere, referitoare la situațiile viitoare.

În justificarea explicațiilor sale, societatea ... a anexat (filele 105-190) documente care să susțină răspunsul său, de exemplu: adresa nr. 31788/PDTSMH/31.03.2023 – *„(...) vă menționez faptul că documentul constatator nr. 45970 din 02.08.2022 emis negativ de către instituția noastră (...) nu reprezintă un impediment în ceea ce privește participarea dumneavoastră la procedurile de achiziție alimente din perioada următoare”*; adresa nr. 158525/PGCJ/31.03.2023, adresa nr. 33857/03.04.2023, adresa nr. 27574/03.04.2023 etc.

În ceea ce privește ofertantul ..., autoritatea contractantă i-a solicitat aceleași clarificări, prin adresa nr. 35123/ 26.04.2023, cu trimitere la documentul constatator negativ nr. 34234/ 18.10.2021 emis de

Societatea ... a răspuns în data de 26.04.2023 (fila 192), precizând că motivul pentru care a completat în DUAE „NU” este determinat de faptul că *„am aflat de existența documentului constatator negativ nr. 34234/18.10.2021 emis de C.E. Buziaș în data de 03.04.2023 la cererea noastră în acest sens atașăm și documentele din care reiese acest lucru”*. În acest sens, Consiliul reține adresa nr. 23405/16.03.2023 (fila 195), emisă de Administrația Națională a Penitenciarelor – ..., în conținutul căreia se regăsesc următoarele mențiuni: *„(...) întocmirea documentului negativ nr. 34234/18.10.2021 (...) nu a produs prejudicii ... (...)”*.

Ulterior, acestor răspunsuri, autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, a întocmit procesul-verbal nr. 35934/02.05.2023 (filele 86-96), în conținutul căruia a prezentat situația derulării solicitărilor de clarificări cu informațiile existente în răspunsurile aferente, concluzionând că *„în urma răspunsurilor la solicitările de clarificări, apreciind că ofertanții nu și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce le reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice,, aceștia prezentând document-suport prin care demonstrează că au luat măsuri de remediere a deficiențelor identificate în derularea contractelor, comisia de evaluare consideră că acești ofertanți nu se află în nicio situație de excludere din procedura de atribuire, iar în conformitate cu prevederile art. 171, alin. (2) din Legea nr. 98/2016, comisia consideră cerințele îndeplinite”*.

Față de cele evocate, Consiliul constată că autoritatea contractantă a respectat Decizia CNSC nr. ..., conform art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, astfel că nu va reține ca întemeiată susținerea contestatoarei potrivit căreia consideră că autoritatea contractantă ar fi procedat la nesocotirea considerentelor din decizia CNSC, *„acceptând explicații străine cauzei, care nu înlătură aplicarea dispozițiilor art. 167 alin. 1 lit. h) și i) din Legea nr. 98/2016”*, întrucât justificările, argumentele, documentele etc. aparținând ofertanților criticați sunt în sensul celor stabilite de către Consiliu.

Legat de acest aspect, Consiliul ține seama de faptul că, în analizarea legalității respectivei hotărâri a comisiei de evaluare, se află verificarea credibilității unui operator economic prin raportare la un motiv de excludere facultativ, caracter rezultat din interpretarea coroborată a dispozițiilor art. 167 și art. 171 din Legea nr. 98/2016, ceea ce *„implică un drept de apreciere proprie a 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”*, cum a reținut Curtea de Apel Constanța în considerentele Sentinței civile nr. 104/ 25.05.2023. Prin aceeași hotărâre s-a consemnat că *„...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”*.

Or, din această perspectivă, decizia comisiei de evaluare privind acceptarea credibilității operatorilor economici ... și ... este una riguros motivată, având la bază înscrisuri probante a situațiilor care au condus la emiterea documentelor constatatoare la care s-a făcut referire.

Consiliul stabilește că analiza la care era ținută comisia de evaluare presupune inclusiv verificarea faptului că documentul/documentele constatatator/constatatoare reflectă îndeplinirea cumulativă a condițiilor

prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, aspect subliniat și prin Sentința civilă nr. ... de Curtea de Apel Constanța, citată mai sus, dar care reiese și din decizia civilă nr. 525/11.09.2019 emisă de Curtea de Apel București într-o cauză similară, invocată, de altfel, de CNSC în decizia sa anterioară, unde această instanță a reținut că: *„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.”*

Importat de reținut este și faptul că dreptul de apreciere al comisiei de evaluare nu poate fi cenzurat de organismul de control decât sub aspectul verificării exercitării lui fără depășirea limitelor legale, respectiv fără exces de putere.

În acest sens s-a pronunțat și Curtea de Apel București, prin decizia civilă nr. 259/11.06.2019, și anume: *„Fiind singura în măsură să aprecieze oportunitatea menținerii în procedură a unui operator economic aflat în această situație (într-un caz de excludere n. Consiliului), nici consiliul și nici instanța nu pot interveni decât în măsura în care dispozițiile legale au fost încălcate iar soluția este adoptată cu exces de putere.”*

Or, din analiza efectuată mai sus, rezultă că membrii comisiei de evaluare au verificat și prezentat motivele adoptării soluției de menținere în procedură a operatorilor economici ... și ..., rezultând că dreptul autorității contractante de a aprecia asupra caracterului suficient al probelor privind demonstrarea credibilității din prezenta procedură, drept recunoscut de legiuitor, a fost exercitat în limitele impuse de lege, cu respectarea principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, cum sunt cele ale proporționalității și asumării răspunderii.

Prin urmare, se constată că, privitor la decizia atacată prin prezentul demers de contestare, nu se poate reține nici pretinsa încălcare a legii și nici exercitarea dreptului de apreciere cu exces de putere, autoritatea contractantă stabilind motivat, raportat la concluziile analizei proprii efectuată asupra probelor și explicațiilor furnizate de ofertanți, de ce a ales să îi păstreze în procedură.

În concluzie, având în vedere aspectele de fapt și de drept prezentate anterior, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de

achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de către societatea ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ.

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de către societatea ..., cu sediul în ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., cu sediul în

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii, se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, conform dispozițiilor art. 29 din Legea nr. 101/2016.

Președinte,

...

Membru,

...

Membru,

...

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 16 (șaisprezece)pagini