



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745, www.cnsc.ro

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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 1111/C9/1177

Data: 09.07.2019

Prin contestația nr. înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., depusă de privind procedura de licitație deschisă, online, organizată de....., în calitate de autoritate contractantă, în vederea încheierii unui *acord-cadru de produse agro-alimentare*, cod CPV 15800000-6 – *Diverse produse alimentare (Rev. 2)*, contestatoarea a solicitat anularea, în parte, a raportului procedurii de atribuire nr. 118760/18.06.2019, în privința loturilor 1, 3 și 5, excluderea din procedură a participanților și desemnarea unor noi câștigători, dintre cei care îndeplinesc condițiile legale.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care atacă rezultatul procedurii de atribuire pentru loturile 1, 3 și 5, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea precizează că, potrivit raportului contestat, clasamentul pentru loturile contestate a fost următorul:

Lotul 1 - Biscuiți populari

-
Lotul 3 - Ouă

- ...
-

Lotul 5 - Pastă de tomate

- ...

Contestatoarea consideră că desemnarea printre cei care au depus oferte conforme și care vor semna acordul-cadru (numărul maxim de semnături este de 3) este nelegală, întrucât toți acești ofertanți se află sub incidența a două motive de excludere dintre cele prevăzute la art. 167.

1. Incidența cazului de excludere prevăzut la art. **167 alin. (1) lit. g)** din Legea nr. 98/2016

1.a. Ofertantul

Potrivit datelor publicate în SEAP, societății s-a emis de către autoritatea contractantă documentul constatator nr. 20963/08.01.2018, care atestă neîndeplinirea corespunzătoare a contractului de achiziție publică (contractul subsecvent nr. 1/118337/13.10.2017).

Documentul menționează faptul că s-a procedat la rezilierea contractului, față de împrejurarea că societatea nu a livrat întreaga cantitate contractată.

1.b. Ofertantul

Potrivit datelor publicate în SEAP, societății i s-a emis de către autoritatea contractantă, ..., documentul constatator nr. 748503/08.11.2018, care atestă neîndeplinirea corespunzătoare a contractului de achiziție publică – acord-cadru nr. 146/23.10.2018 - furnizare lapte praf.

Documentul menționează faptul că s-a procedat la rezilierea contractului, față de comunicarea făcută de către furnizor, în sensul că nu poate semna niciun contract subsecvent, întrucât nu mai poate susține prețul ofertat. S-a subliniat că, astfel, au fost încălcate grav obligațiile principale asumate prin semnarea contractului cadru, cu referire la articolul potrivit căruia prețul unitar prezentat în propunerea financiară va fi ferm pe toată perioada de derulare și nu se ajustează. Se mai arată că neasigurarea cantității necesare de lapte praf conduce la încălcarea normelor de protecție, având în vedere că acest produs are destinația de aliment de protecție ce se acordă personalului unităților beneficiare care lucrează în condiții periculoase.

1.c. Ofertantul ...

Potrivit datelor publicate în SEAP, societății i s-a emis de către autoritatea contractantă, ... documentul constatator nr. 29504/03.08.2018, care atestă neîndeplinirea corespunzătoare a contractului de achiziție publică – acord-cadru nr. 24522/02.07.2018.

Documentul menționează faptul că s-a procedat la rezilierea acordului-cadru, față de comunicarea făcută de ofertant, în sensul că nu poate susține prețul la unul din produsele oferite, produs la care autoritatea contractantă nu a putut renunța pentru a asigura hrana persoanelor instituționalizate. Se mai precizează că acest fapt a adus prejudicii autorității contractante, prin schimbarea meniurilor stabilite conform comenzilor, întârzieri în asigurarea hranei persoanelor instituționalizate generate de studiul de piață pentru achiziție directă de produse până la demararea și finalizarea unei noi proceduri de licitație și implicit cheltuieli suplimentare cu transportul produselor.

Contestatoarea apreciază că toți acești ofertanți se regăsesc în ipoteza textului legal citat anterior - art. 167 alin. (1) lit. g), fiind îndeplinite cerințele cumulative, respectiv:

- încălcarea gravă a obligațiilor contractuale;
- încetarea anticipată a contractului de achiziție publică din cauza acestei încălcări.

Față de această împrejurare se impune excluderea acestor ofertanți din procedura de achiziție publică, de la ivirea situației prevăzute la art. 167 trecând o perioadă mai mică de 3 ani (art. 171 alin. (5) din Legea nr. 98/2016).

2. Incidența cazului de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea 98/2016

Contestatoarea susține că toți cei trei ofertanți vizați prin contestație se regăsesc și în acest caz de excludere, întrucât, cu ocazia completării DUAЕ, nu au dus la cunoștința autorității contractante motivul de excludere prevăzut la lit. g) în care se află.

Dacă ar fi completat câmpul corespunzător răspunsului DA, DUAЕ ar fi generat un alt câmp, în care ofertanții ar fi putut oferi explicații pertinente autorității contractante, astfel încât aceasta, în temeiul art. 171 din Legea nr. 98/2016, să facă propriul examen al incidenței cazului de excludere.

Cei trei ofertanți nu au procedat astfel, ci au bifat câmpul corespunzător răspunsului NU, motiv pentru care autoritatea contractantă nu a avut posibilitatea sa afle despre existența rezilierilor anterioare.

Invocând dispozițiile art. 137 din HG nr. 395/2016 și ale art. 169 din Legea nr. 98/2016, contestatoarea arată că, deși legea nu o impune, înainte de a formula contestație s-a adresat și autorității contractante, semnalând aceleași aspecte, în speranța că aceasta va lua măsurile de remediere din oficiu, prin revocarea actului administrativ atacat, însă neprimind răspuns favorabil a inițiat prezentul demers.

Sunt invocate ca practică judiciară decizia Consiliului nr. 695/C9/604 din 06.05.2019 și sentința Curții de Apel Ploiești, prin care a fost admisă plângerea împotriva deciziei Consiliului.

.... opinează că ofertanții contestați nu au înțeles să se conformeze obligației de a completa în mod corespunzător DUAЕ, ascunzând informații de natură să ducă la excluderea lor din cadrul procedurii, inducând deci în eroare autoritatea contractantă.

Inducerea în eroare a încetat însă la momentul în care a notificat autoritatea contractantă despre aceste aspecte, contestatoarea fiind surprinsă de reacția acesteia de a nu lua din oficiu măsurile de remediere ce se impun.

Prin această atitudine, contestatoarea consideră că au fost încălcate grav principiile achizițiilor publice, cu referire în mod special la principiul tratamentului egal, instituit de art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016.

Neaplicarea dispozițiilor legale privind cazurile de excludere a determinat, în opina contestatoarei, o favorizare nepermisă și nelegală a unor concurenți incorecți în defavoarea celorlalți.

Prin adresa nr. V119847/27.06.2019, înregistrată la Consiliu cu nr. 24245/27.06.2019, ... a transmis punct de vedere referitor la contestația depusă de ..., solicitând respingerea acesteia.

Autoritatea contractantă precizează că, prin adresa 90/18.06.2019, ... la cunoștință documentul constatator nr. 20936/ 08.01.2018 emis de

Prin adresa V118945/20.06.2019, autoritatea contractantă a solicitat clarificarea situației, răspunsul acesteia fiind înregistrat cu nr. 119204/21.06.2019.

... a comunicat faptul că, în cazul documentului constatator emis de ..., a solicitat rezilierea acordului- cadru, întrucât, din motive obiective, generate de creșterea din piață a prețului produsului cu peste 235%, nu a mai putut susține pretul ofertat. Societatea colaborează în continuare cu instituția emitentă pentru furnizarea aceluiasi produs, neexistând motive pentru excluderea din procedurile ulterioare, întrucât nu au fost înregistrate abateri grave sau prejudiciu material cert determinat.

Pentru a susține afirmațiile ... a anexat factura 10578/20.06.2019, factură emisă de ..., la o dată ulterioară documentului constatator.

Totodată, autoritatea contractată precizează că a transmis adresa V119362/PGGR/24.06.2019 către ... adresă la care, până în momentul formulării punctului de vedere nu s-a primit răspuns.

Prin adresa 91/18.06.2019, ... a transmis documentul constatator nr. 29504/03.08.2018, emis de

Prin adresa V118945/20.06.2019, autoritatea contractantă a solicitat SRL clarificarea situației, răspunsul acesteia fiind înregistrat cu nr. 118947/21.06.2019.

... a comunicat că documentul constatator în cauză nu se încadrează în prevederile art. 167 lit. g) din Legea nr. 98/2016, depunând documente prin care susține că nu a adus prejudicii autorității contractante emitente, anexând acordul-cadru nr. 43961/22.11.2018 și contractul subsecvent nr. 21395/22.05.2019, încheiate cu autoritatea contractantă emitentă, pentru aceleași produse menționate în documentul constatator. Aceasta a mai comunicat faptul că rezilierea a avut cauze obiective, societatea colaborând în continuare cu instituția emitentă

pentru furnizarea aceluiași produs, neexistând motive pentru excluderea din procedurile ulterioare, întrucât nu au fost înregistrate abateri grave sau prejudiciu material cert determinat.

Din analiza documentului constatator nr. 29504/03.08.2018, în ceea ce privește modalitatea de îndeplinire a contractului se constată mențiunile:

"DA pentru contractul subsecvent nr. 24524/02.07.2018. Având în vedere că pentru încheierea unor noi contracte subsecvente, în baza acordului cadru, SC a comunicat DGASPC Brăila că nu poate susține prețul la unul din produsele oferite, produs la care autoritatea contractantă nu a putut renunța pentru a asigura hrana persoanelor instituționalizate, acordul cadru a fost reziliat."

Din conținutul documentului constatator în cauză reiese faptul că acesta este pozitiv pentru îndeplinirea contractului și faptul că documentul vizează un acord-cadru și nu un contract subsecvent așa cum prevede art. 166 din HG nr. 395/2016.

Prin adresa 92/18.06.2019, ... a transmis documentul constatator nr. 748503/08.11.2018, emis

Prin adresa V118946/20.06.2019, autoritatea contractantă a solicitat ... clarificarea situației, răspunsul acesteia fiind înregistrat cu nr. 118946/21.06.2019.

... a comunicat că a solicitat rezilierea acordului cadru, întrucât prețul a fost oferit greșit.

Din analiza documentului în cauză comisia constată faptul că documentul vizează un acord-cadru, și nu un contract subsecvent, așa cum se prevede în art. 166 din HG nr. 395/2016.

Analizând punctele de vedere formulate de participanți coroborat cu prevederile legale, comisia de evaluare a luat hotărârea, conform raportului procedurii nr. 118760/18.06.2019, de a nu exclude participanții din cadrul procedurii de achiziție publică, considerând că sunt incidente prevederile art. 171 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 24493/28.06.2019, .. a răspuns la punctul de vedere al autorității contractante.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 25532/05.07.2019, ... depus punctul de vedere al autorității contractante, emis în cadrul unei alte proceduri, prin care aceasta a luat măsura de excludere din procedură a trei operatori economici, doi dintre ei fiind criticați și în procedura de față, ...

Dosarul achiziției și documentele necesare soluționării cauzei au fost înregistrate la Consiliu sub nr. 24245/27.06.2019.

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

.... a inițiat procedura de licitație deschisă, on-line, în vederea încheierii unui *acord-cadru de produse agro-alimentare*, cod CPV: 15800000-6 – *Diverse produse alimentare (Rev. 2)*, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. Din informațiile anunțului de participare amintit, Consiliul reține că data limită de depunere a ofertelor

a fost stabilită pentru 14.05.2019, ora 15:00, valoarea estimată a acordului-cadru este de 750.967,80 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este *prețul cel mai scăzut*.

.... a investit Consiliul cu soluționarea contestației care formează obiectul prezentei cauze. Societatea contestatoare a constituit cauciunea în sumă de 4.260 lei, conform prevederilor art. 61¹ alin. (1) lit. a) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă recipisa de consemnare nr. 205533301/1 din 21.06.2019, eliberată de CEC Bank SA, Sucursala Ploiești.

Trecând la analiza pe fond a contestației, Consiliul constată că aceasta este îndreptată împotriva deciziei autorității contractante de a declara admisibile ofertele pentru loturile 1, 3 și 5, deși celor trei societăți li s-au emis documente constatatoare de către anumiți beneficiari.

Astfel, pentru ofertanta ... este invocat documentul constatator nr. 20963/08.01.2018, emis de ..., care atestă neîndeplinirea corespunzătoare a contractului subsecvent nr. I/118337 din 13.10.2017.

La dosarul cauzei, contestatoarea a depus adresa nr. 20963/PBRB/08.01.2018, prin care ... informează societatea ... că nu și-a îndeplinit obligațiile din contractul subsecvent nr. 3, înregistrat cu nr. I/118337 din 13.10.2017, cu termen scadent în data de 31.12.2017, pentru furnizarea de ouă categoria A, în baza acordului-cadru nr. I/24999 din 31.01.2017, atribuit prin procedura de licitație deschisă, deoarece nu a livrat întreaga cantitate contractată, contractul reziliindu-se înainte de termen. Total valoare contract subsecvent pentru cantitatea livrată de 6500 buc – 1885 lei, fără TVA.

Urmare primirii din partea petentei a informării privind existența documentului constatator pentru ..., autoritatea contractantă a solicitat acestei societăți clarificări vizavi de situația creată.

Prin adresa înregistrată la penitenciar sub nr. 119204/21.06.2019, ofertanta a explicat că rezilierea contractului subsecvent a intervenit ca urmare a creșterii neașteptate a prețului la sfârșitul anului 2017 pentru produsul ouă, creștere care a fost cu peste 235% la momentul respectiv. A adăugat că în continuare colaborează cu ..., nefiind înregistrate abateri grave sau prejudicii materiale conform legii în decursul celor 10 ani de relații comerciale. Creșterile de prețuri care au stat la baza acestei situații sunt creșteri ce nu pot fi prevăzute, ele având ca bază conjuncturi economice excepționale, neprovocate intenționat. A fost depusă în susținere ultima factură emisă din data de 20.06.2019, având ca obiect produsul ouă.

Relevanță în soluționarea cauzei prezintă următoarele dispoziții legale:

- 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 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.

- art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016 *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 același act normativ (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.

Totodată, aplicabile în speță sunt și prevederile art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016: *În cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situațiile de excludere prevăzute la art. 164 și 167 nu se aplică: b) dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant.*

Normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 stabilesc următoarele:

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

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; (...)

(3) Autoritatea contractantă are următoarele obligații:

a) să elibereze un exemplar al documentului constatator contractantului;

b) să păstreze un exemplar la dosarul achiziției publice.

(4) Documentele constatatoare emise de către entitatea contractantă în conformitate cu prevederile alin. (1) și (2) pot fi contestate potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare.

(5) Documentele constatatoare emise de către 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/soluționării contestațiilor, în situația în care acestea au fost depuse.

(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.

(6) În cazul contractelor atribuite prin cumpărare directă, autoritatea contractantă are dreptul de a emite documente constatatoare în conformitate cu alin. (1), atunci când este solicitat acest lucru de către contractant/contractant asociat.

(7) Autoritatea contractantă poate emite un document constatator unui subcontractant la solicitarea acestuia și numai în cazul prezentării contractului de subcontractare și a recepțiilor aferente.

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

În contextul dispozițiilor legale citate mai sus, pentru aplicarea motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, este necesar să fie îndeplinite următoarele condiții cumulative:

- încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale;
- încălcarea obligațiilor principale să fi intervenit în derularea unuia dintre următoarele tipuri de contracte încheiate anterior: contract de achiziții publice, contract sectorial, contract de concesiune;
- încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale să fi condus la una din următoarele consecințe (sanțiuni): încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese, alte sancțiuni comparabile.

Condițiile cumulative arătate sunt completate de precizările aduse de art. 171 din Legea nr. 98/2016, prin alin. (1)-(3) în sensul furnizării dovezilor pentru demonstrarea credibilității și care, în cazul în care sunt apreciate ca suficiente, înlătură măsura excluderii și alin. (5) lit. b), 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.

Cade în sarcina autorității contractante, verificarea aspectelor anterior subliniate, însă se poate observa că, în formularul DUAE, prezentat de ... cap. Motive de excludere; pct. C Motive legate de

insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, subpct. Încetare anticipată, daune-interese, alte sancțiuni comparabile, s-a indicat NU.

În fișa de date a achiziției, s-au solicitat la cap. III.1.1) Capacitatea de exercitare a activității profesionale, inclusiv cerințele privind înscrierea în registrele profesionale sau comerciale următoarele: *Ofertanții, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art 164, 165, 167 din Legea nr. 98/2016 - se va completa DUAЕ de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile aferente situației lor. Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ pot fi prezentate numai la cererea autorității contractante operatorilor economici clasăți pe primele 3 locuri după aplicarea criteriului de atribuire. Aceste documente pot fi: (...) 3. După caz, documentele prin care se demonstrează faptul că operatorul economic poate beneficia de derogările prevăzute la art 166 alin 2, art 167 alin 2 și art 171 din legea 98/2016 privind achizițiile publice 4. Alte documente edificatoare după caz.*

Față de modul de completare a DUAЕ, astfel cum a susținut și societatea contestatoare, devin incidente dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016 potrivit căroră *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: 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.*

În mod evident, declarația inițială a ..., în care a bifat cu NU la subpct. Încetare anticipată, daune-interese, alte sancțiuni comparabile, a avut efect asupra a ceea ce urma să verifice autoritatea contractantă în privința motivelor de excludere. Indiferent de aprecierea proprie a ofertantei asupra legalității întocmirii documentului în discuție, contestatoarea era obligată să declare existența acestuia.

Formularul impune operatorului economic să bifeze corespunzător răspunsul (da sau nu) la întrebarea dacă s-a aflat într-o situație în care un contract de achiziții publice anterior încheiat cu o autoritate contractantă sau un contract de concesiune anterior a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni comparabile în legătură cu respectivul contract anterior. De asemenea, în cazul în care răspunsul ofertantului este afirmativ, formularul deschide alte rubrici care permit descrierea situației, precum și măsurile luate pentru a demonstra fiabilitatea operatorului economic.

În sensul celor mai sus arătate, sunt și considerentele Curții de Apel Târgu-Mureș, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, reținute în hotărârea sa nr. 1492/04.09.2018:

Declarațiile intimetei în raport de entitatea contractantă prin prisma dispozițiilor art. 180 alineat 1 litera h din legea nr. 99/2016 trebuie verificate în raport de situația juridică existentă la momentul completării DUAЕ (...)

Or intimata-intervenientă, prin modul în care a completat DUAЕ a evitat sancțiunea excluderii din procedură de către comisia de evaluare, în raport de prevederile legale anterior indicate (...)

Faptul că prin hotărâri judecătorești ulterioare au fost anulate atât măsura de reziliere anticipată a contractului cât și certificatul constatator nu are relevanță în analiza dispozițiilor art. 80 alin. (1) litera h din Legea nr. 99/2016. Ceea ce interesează

este dacă ofertantul se face vinovat de declarații false (aspect care rezultă fără echivoc din modul de completare al DUAE) respectiv dacă aceste declarații au avut efect în ceea ce privește verificarea absenței motivelor de excludere (aspect care se confirmă prin prisma argumentelor prezentate anterior.)

Trecând la analiza îndeplinirii cerințelor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, în privința documentului de reziliere nr. 20963/PBRB/08.01.2018, emis de, Consiliul constată că sunt întrunite condițiile pentru excluderea ofertantului.

Astfel, neîndeplinirea obligației *principale* de furnizare ouă în cadrul contractului subsecvent nr. I/118337 din 13.10.2017, a determinat *rezilierea anticipată a contractului*.

De asemenea, este de reținut că, potrivit adresei nr. 41069/PBRB/27.06.2019, ... a reținut garanția de bună execuție a contractului, apreciind-o suficientă pentru acoperirea eventualelor prejudicii. S-a adăugat că operatorul economic a participat la procedurile ulterioare, comisiile de evaluare apreciind oferta eligibilă, neîncadrându-se în situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 166 din Legea nr. 98/2016.

Așadar, în cauză, a intervenit o reziliere anticipată, pentru neîndeplinirea unei obligații principale, prejudiciile fiind acoperite din garanția de bună execuție. Existența rezilierii anticipate conduce la concluzia încălcării grave a obligației principale.

Este lipsită de relevanță continuarea ulterioară de către a relațiilor comerciale, câtă vreme sunt îndeplinite condițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016. Această continuare a relațiilor comerciale nu poate fi echivalată dovezilor de demonstrare a credibilității ofertantului prin raportare la motivele de excludere, în sensul art. 171 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

De altfel, 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 (...).

Aceeași Curte de Apel, în interpretarea aceluiași dispoziții legale, a reținut în decizia nr. 391/25.01.2018 următoarele: Procedând la interpretarea gramaticală și teleologică a prevederilor art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, curtea reține că efectele/urmările încălcărilor la care se referă textul de lege menționat anterior sunt prevăzute în mod alternativ, iar nu în mod cumulativ. Astfel, din interpretarea gramaticală a prevederilor art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, curtea reține că utilizarea conjuncției "sau" indică necesitatea de a alege între două sau

mai multe alternative, respectiv încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile, pentru a se putea dispune excluderea din procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru a unui operator economic. În aceste condiții, curtea reține că sunt întrunite cerințele prevăzute de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, în situația în care nerespectarea gravă sau repetată a obligațiilor contractuale asumate printr-un contract de achiziție publică, latto sensu, a avut ca urmare oricare dintre consecințele juridice prevăzute cu titlu exemplificativ de legiuitor, respectiv încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

În susținerea celor de mai sus este de amintit și sentința civilă nr. 792/07.06.2019, invocată de contestatoare, a Curții de Apel Ploiești, Secția contencios administrativ și fiscal, prin care a fost modificată decizia Consiliului nr. 695/C9/604 din 06.05.2019, în cuprinsul căreia au fost reținute următoarele: Curtea constată că intimata-intervenientă, SC Falcons SRL, se află în situația reglementată de acest articol, livrând cu întârziere produsele în baza contractului de furnizare nr. 1A 12792AP/99/27.04.2018. De asemenea, produsele nu au fost livrate în totalitate, altele fiind livrate la un alt gramaj decât cel asumat în contract fapte ce au condus la rezilierea contractului conform notificării de reziliere nr. IA17287/AP/07.06.2018 anexată dosarului de achiziții la fila 6.

Este evident că, în condițiile în care neexecutarea acestui contract a condus la rezilierea lui, acest fapt a fost de natură să producă grave prejudicii autorității contractante, aceasta fiind în situația de a achiziționa produsele de care avea nevoie prin organizarea unei noi proceduri de achiziție publică, astfel că se impunea excluderea acestui participant din procedura de atribuire în temeiul art. 167 alin. 1 lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Lipsa din dosarul de achiziție a unui document justificativ, în sensul disp. art. 166 din HG nr. 395/2016, care să ateste că nu și-a îndeplinit obligațiile contractuale într-un contract anterior, nu poate conduce la o altă soluție. O interpretare contrară ar crea un avantaj participantului care, cu intenție, nu comunica documentele ce pot conduce la excluderea sa din procedura achiziției. O astfel de interpretare nu poate fi primită fiind contrară scopului pentru care legea a prevăzut obligația depunerii documentelor menționate.

Este adevărat că nu orice document constatator conduce la respingerea ofertantului, dar, în speță, având în vedere notificarea de reziliere ce atestă neîndeplinirea obligațiilor asumate într-un alt contract de achiziții publice și atitudinea intervenientul care nu a declarat în prezenta procedură de achiziții această neexecutare, Curtea apreciază că se impune admiterea plângerii, modificarea deciziei CNSC nr. 695/C9/604 din data de 06.05.2019, anularea în parte a Raportului procedurii de atribuire nr. 1100/05.04.2019 în sensul excluderii participantului desemnat câștigător pentru Lotul nr. 13, ...

Se constată față de cele de mai sus că sunt întemeiate criticile contestatoarei în privința societății ... în sensul că măsura pe care autoritatea contractantă trebuia să o ia era cea de excludere a ofertei sale.

În ce privește ofertanta constată că, la dosarul cauzei, a fost depus de către contestatoare documentul constatator nr. 745803/08.11.2018, eliberat de care rezultă rezilierea acordului-cadru nr. 143/23.10.2018, având ca obiect furnizarea de lapte praf. În cuprinsul documentului constatator s-a arătat că furnizorul a comunicat că nu poate semna niciun contract subsecvent ce ar urma să fie atribuit în baza acordului-cadru, întrucât nu mai poate susține prețul ofertat. Astfel, furnizorul a încălcat grav obligațiile sale principale, asumat prin semnarea acordului-cadru (Clauza 6: "prețul unitar exprimat în lei, prezentat în

propunerea financiară, va fi ferm pe toată perioada de derulare a acordului-cadru și nu se ajustează” și Clauza 7.1: promitentul-furnizor se obligă ca în baza contractelor subsecvente încheiate cu promitentul-achizitor să furnizeze lapte praf nominalizat în cantitățile, la termenele și în conformitate cu obligațiile asumate prin prezentul acord cadru”, respectiv nesemnarea contractelor subsecvente de către acesta, conduce la situația în care, atât autoritatea contractantă, cât și beneficiarii acordului-cadru să nu își poată acoperi cantitatea necesară planificată a fi achiziționată în anul 2018. Față de această situație, autoritatea contractantă a hotărât denunțarea unilaterală a acordului-cadru începând cu data de 07.11.2018 și notificarea furnizorului cu privire la acest aspect. La cap. Prejudicii s-a menționat: *Neasigurarea cantității necesare de lapte praf conduce la încălcarea normelor de protecție, având în vedere că acest produs are destinația de aliment de protecție ce se acordă personalului unităților beneficiare care lucrează în condiții periculoase, conform prevederilor legale în domeniu.*

În urma primirii contestației, autoritatea contractantă a solicitat ofertantei clarificări în referire la documentul constatator. ... SRL a răspuns cu adresa nr. 59/20.06.2019, în care a arătat că prețul produsului lapte praf a fost eronat, din acest motiv a solicitat rezilierea acordului-cadru, prețul ofertat inițial era pe kg pentru sac de 25 kg, iar dorea lapte praf ambalat la 500 gr.

Se poate observa din înscrisurile prezentate că ofertanta nu și-a îndeplinit obligațiile principale din cadrul acordului-cadru nr. 143/23.10.2018 și nu a semnat niciun contract subsecvent. Nesemnarea contractelor subsecvente reprezintă o încălcare gravă care a condus la rezilierea acordului-cadru. Contrar susținerilor autorității contractante din punctul său de vedere, faptul că este vorba despre un acord-cadru nu înseamnă că nu sunt aplicabile dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Totodată, se reține că ofertanta nu a declarat în DUAE existența documentului constatator, fiind îndeplinite condițiile art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016. Nu au fost depuse dovezi pentru demonstrarea credibilității ofertantului prin raportare la motivele de excludere, în sensul art. 171 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Astfel fiind, rămân valabile cele mai sus reținute în referire la ofertanta ...

Trecând la analiza criticilor referitoare la ofertanta ... Consiliul constată că, la dosarul cauzei, contestatoarea a depus documentul constatator nr. 29504/03.08.2018, emis de n care s-a reținut că nu a fost îndeplinit în mod corespunzător contractul subsecvent nr. 24524/02.07.2018, având în vedere că, pentru încheierea unor noi contracte subsecvente, în baza acordului-cadru, SC ... a comunicat că nu poate susține prețul la unul din produsele oferite, produs la care autoritatea contractantă nu a putut renunța pentru a asigura hrana

persoanelor instituționalizate, acordul-cadru a fost reziliat. La cap. Prejudicii s-a menționat: *Schimbarea meniurilor stabilite conform comenzilor, întârzieri în asigurarea hranei persoanelor instituționalizate generate de studiu de piață pentru achiziția directă de produse până la demararea și finalizarea unei noi proceduri de licitație și implicit cheltuieli suplimentare cu transportul produselor.*

Urmare primirii contestației înaintate de ... autoritatea contractantă a solicitat ... clarificări cu privire la documentul constatator amintit.

Ofertanta a răspuns cu adresa nr. 429/20.06.2019, în care a arătat că documentul constatator în discuție nu se încadrează în art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016. Contractul subsecvent care face obiectul documentului constatator s-a derulat până la finalitatea acestuia, neexistând niciun prejudiciu material cert determinat care să fi fost constatat de o instanță judecătorească. S-a invocat aspectul că societatea participă cu ofertă la procedurile organizate de ..., oferta sa fiind în continuare declarată admisibilă și câștigătoare. Au fost depuse în susținere acordul-cadru nr. 43961/22.11.2018 și contractul subsecvent nr. 6 din 22.05.2019, încheiate ulterior datei emiterii documentului constatator.

Ca și în cazul celorlalți doi operatori economici criticați în cauză, Stedyan Com SRL nu și-a îndeplinit o obligație principală de livrare a unor produse, fapt ce a condus la rezilierea acordului-cadru.

Contrar susținerilor autorității contractante, aspectul că rezilierea a privit un acord-cadru nu poate conduce la concluzia că nu sunt aplicabile dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Cât privește cele invocate de ofertantă în referire la prejudiciu, este de reținut că, astfel cum a arătat și Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 3583/25.09.2017, 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 (...). Or, certitudinea producerii prejudiciului rezultă din certificatul constatator, în care s-a indicat ca prejudicii *Schimbarea meniurilor stabilite conform comenzilor, întârzieri în asigurarea hranei persoanelor instituționalizate generate de studiu de piață pentru achiziția directă de produse până la demararea și finalizarea unei noi proceduri de licitație și implicit cheltuieli suplimentare cu transportul produselor.*

Încheierea ulterioară a altor acorduri-cadru și contracte subsecvente nu poate fi considerată echivalentă unor dovezi de demonstrare a credibilității ofertantului. Nu au fost prezentate dovezi de înlăturare a cauzelor care au condus la rezilierea acordului-cadru.

Totodată, este de menționat aspectul că, în cadrul formularului DUAЕ, nu a fost declarată existența documentului constatator, astfel încât devin aplicabile dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016.

Rămând valabile cele reținute în motivarea criticilor formulate împotriva ofertantei ...

Astfel cum a susținut și societatea contestatoare, deși informațiile cu privire la documentele constatatoare au fost primite ulterior comunicării rezultatului procedurii, autoritatea contractantă s-a mărginit la a verifica îndeplinirea cerințelor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, însă nu și ale art. 167 alin. (1) lit. h) din același act normativ.

Cum s-a arătat și în practica instanțelor invocată mai sus, *Ceea ce interesează este dacă ofertantul se face vinovat de declarații false (aspect care rezultă fără echivoc din modul de completare al DUAЕ) respectiv dacă aceste declarații au avut efect în ceea ce privește verificarea absenței motivelor de excludere (aspect care se confirmă prin prisma argumentelor prezentate anterior.)*

În situația în care operatorii economici ar fi completat formularul DUAЕ cu informațiile privind existența documentelor constatatoare, autoritatea contractantă își îndeplinea, anterior stabilirii rezultatului evaluării, obligația sa de verificare a condițiilor prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. h) din lege.

Analiza ulterioară a documentelor, urmare a depunerii contestației, nu înlătură modul eronat de întocmire a formularului DUAЕ, dispozițiile legale sancționând cu excluderea *operatorul economic care 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.*

În considerarea celor prezentate, Consiliul va admite contestația și va dispune reevaluarea ofertelor criticate pentru loturile 1, 3 și 5.

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 ..., în contradictoriu cu și anulează raportul procedurii de atribuire nr. 118760/18.06.2019, în partea ce privește loturile 1, 3 și 5. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor depuse de deciziei, cu respectarea celor din motivare, a documentației de atribuire și a dispozițiilor legale aplicabile. Rezultatul evaluării va fi comunicat operatorilor economici în termenul legal.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, conform art. 29 din Legea nr. 101/2016.

.....