



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 19/C9/2726

Data: 07.01.2020

Prin contestația nr. 187/18.12.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 52250/19.12.2019, depusă de SRL, cu sediul în, județul, având CUI RO, număr de înregistrare în Registrul Comerțului ..., privind procedura simplificată, organizată de, cu sediul în, județul, în calitate de autoritate contractantă, în vederea încheierii acordului-cadru furnizare carne de pui, cod CPV 15112130-6 Carne de pui (Rev. 2), contestatoarea a solicitat anularea, în parte, a raportului procedurii de atribuire nr. 24944/11.12.2019, comunicat prin e-mail în data de 13.12.2019, obligarea autorității contractante la excluderea de la procedură a participanților SRL și SRL, ofertanți care se află sub incidența unor motive de excludere, și la desemnarea unor noi câștigători, dintre cei care îndeplinesc condițiile legale.

..... SRL, cu sediul în, județul, și sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la, având CUI RO, număr de înregistrare în Registrul Comerțului, a formulat cererea de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, înregistrată la Consiliu cu nr./24.12.2019, prin care a solicitat admiterea în principiu a cererii de intervenție și respingerea contestației formulate de SRL ca nefondată.

..... SRL, cu
sediul, ..., ..., ..., ..., ..., ..., ...

județul, având CUI RO, număr de înregistrare în Registrul Comerțului, a formulat cererea de intervenție în interes propriu și în beneficiul autorității contractante, înregistrată la Consiliu cu nr./30.12.2019, prin care a solicitat, în principal, respingerea contestației formulate de SRL ca nefondată și, pe cale de consecință, menținerea dispozițiilor raportului procedurii nr. 24944/11.12.2019, menținerea deciziei autorității contractante privind rezultatul procedurii pentru loturile 1, 2 și 3, inclusiv actelor subsecvente ca fiind corecte și legale, iar în subsidiar, în măsura în care se admite, în parte, contestația formulată de SRL, în sensul în care se admite anularea, în parte, a unor dispoziții ale raportului procedurii, solicită obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor pentru loturile 1, 2 și 3 raportat strict la motivele de excludere de la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 coroborate cu prevederile art. 171 și 209 din același act normativ în ceea ce privește SRL, cu luarea în considerare a ofertei sale și stabilirea ofertelor câștigătoare dintre ofertele declarate admisibile urmare a reevaluării.

Contestația și cererile de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

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 raportul procedurii de atribuire nr. 24944/11.12.2019, comunicat prin e-mail în data de 13.12.2019, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare următoarele:

Consideră că desemnarea SRL și SRL printre cei care au depus oferte conforme și care vor semna acordul-cadru este nelegală, întrucât acești ofertanți se află sub incidența motivelor de excludere prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g), h) și i) din Legea nr. 98/2016.

Potrivit datelor publicate în SEAP, societății SRL i s-au emis documente constatatoare negative de către diferite autorități contractante după cum urmează :

- Direcția Generală de Asistență Socială și Protecția Copilului Brăila - documentul constatator nr. 36726/02.10.2018, care atestă neîndeplinirea corespunzătoare a contractului de achiziție publică nr. 33474/07.09.2018. Documentul menționează faptul că s-a procedat la rezilierea contractului, față de întârzierea în ceea ce privește livrarea produselor, nerespectarea gramajului net al unui produs, nerespectarea cantităților solicitate de către autoritatea contractantă prin comandă. Se mai subliniază că aceste aspecte au dus la

producerea de prejudicii, constând în întârzierea în asigurarea hranei beneficiarilor, care au determinat schimbarea meniurilor și, implicit, cheltuieli suplimentare cu transportul produselor. Autoritatea contractantă a constatat aplicabilitatea prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea 98/2016;

- Spitalul Municipal - documentul constatator nr. AD1001196/05.10.2018, care atestă neîndeplinirea corespunzătoare a contractului de achiziție publică nr. C353/05.08.2018. Documentul menționează că s-a procedat la rezilierea contractului, față de întârzierea în ceea ce privește nerespectarea calității și cantităților solicitate de către autoritatea contractantă prin comandă. Se mai subliniază că aceste aspecte au dus la producerea de prejudicii;

- Direcția Creșe - Municipiul București - documentul constatator nr. 933/04.09.2018, care atestă neîndeplinirea corespunzătoare a contractului de achiziție publică nr. 1130/ 17.07.2017. Documentul menționează faptul că SC SRL nu a respectat termenele contractuale de livrare produse și a înregistrat abateri de la calitatea produselor contractate;

- Spitalul de Pediatrie Pitești - Documentul constatator nr. 243/08.05.2018, care atestă neîndeplinirea corespunzătoare a contractului nr. 70/11.01.2018. Documentul menționează faptul că rezilierea contractului s-a produs în urma abaterilor privind nerespectarea termenelor contractuale de livrare produse.

În ceea ce privește societatea SRL, din actul adițional de reziliere nr. N2/51893/18.07.2019 reiese situația acordului-cadru nr. N2/39.416/07.05.2018, încheiat de Spitalul Penitenciar Jilava, în legătură cu care semnatarii, în calitate de promitenți furnizori (printre care și SRL), au trimis negație cu privire la posibilitatea livrării cantităților rămase nelivrate din acordul-cadru de furnizare „Carcasă porc”. Acesta este motivul care a determinat aplicarea de către autoritatea contractantă a sancțiunii rezilierii acordului-cadru cu toți promitenții furnizori, în vigoare începând cu 01.08.2019. La data completării DUAЕ în prezenta cauză, rezilierea își produsese efectele, ceea ce înseamnă că ar fi trebuit menționată obligatoriu în cadrul acestei proceduri.

Față de toate aceste documente, contestatoarea apreciază că ofertanții contestați se regăsesc în ipoteza prevăzută de prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

În plus, în privința SRL, unele documente certifică existența unor prejudicii.

Față de această împrejurare se impune excluderea acestor ofertanți din procedura de achiziție publică, de la livrarea situațiilor pe care le-a semnalat trecând o perioadă mai mică de 3 ani (art. 171 alin. 5 din Legea nr. 98/2016).

Distinct și independent de cazul de excludere prezentat anterior, petenta solicită constatarea că ofertanții contestați se află și sub incidența cazurilor de excludere prevăzute de lit. h) și i) ale aceleiași

text legal, considerând că ofertanții pe care îi contestă se fac vinovați de declararea unor aspecte false sau incomplete cu ocazia completării DUAЕ.

Totodată, arată că trebuie să se aibe în vedere și dispozițiile art. 137 din HG nr. 395/2016, potrivit cărora comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și neconforme.

Prin adresa nr. 25587/23.12.2019, înregistrată la Consiliu cu nr. 53028/23.12.2019, ... a transmis punctul de vedere la contestația depusă de SRL, prin care a solicitat respingerea contestației ca nefondată, arătând, referitor la societatea SRL, că aceasta a declarat în formularul DUAЕ situația cu privire la documentul constatator nr. 36726/02.10.2018.

În urma solicitării de clarificări referitoare la aceste aspecte, comisia de evaluare a considerat că nu sunt îndeplinite cumulativ condițiile prevăzute la art. 167 alin (1) lit g) din Legea nr. 98/2016, astfel:

- simpla existență a unui document constatator negativ, calificat astfel pentru diverse motive de neexecutare întocmai a contractului, nu atrage excluderea automată din competiție a ofertantului;

- în materia contractelor de furnizare alimente, o încălcare gravă a obligațiilor ar fi, spre exemplu, livrarea unor alimente contrafăcute, expirate sau alterate care ar pune în pericol sănătatea consumatorilor sau nelivrarea tuturor alimentelor, aspect de natură a crea reale dificultăți autorităților contractante prin imposibilitatea asigurării hranei persoanelor instituționalizate, ori, în cazul de față, se constată întârzieri repetate (fără a se defini exact numărul acestora) în livrarea produselor;

- la o simplă vizualizare în SEAP a documentelor constatatoare, la momentul actual, există un număr de 13 documente constatatoare pozitive pentru SRL ceea ce arată că ofertantul este un ofertant credibil;

- ofertantul a adoptat o serie de măsuri în vederea evitării unor situații precum cele imputate prin documentul constatator antemenționat respectiv măsuri destinate îmbunătățirii modului în care sunt respectate termenele de livrare și cantitățile de produse solicitate, ceea ce denotă că ofertantul este un ofertant de bună credință.

În ceea ce privește societatea SRL, referitor la actul adițional de reziliere nr. N2/51893/18.07.2019 la acordul-cadru de furnizare carcasa porc nr. N2/39416 din 07.05.2018, la o primă vedere se constată că furnizorul SRL este situat pe locul 3, practic nefiind cel cu care s-a încheiat contractul subsecvent. În acest caz SRL nici nu a furnizat vreodată produsul care face obiectul acordului-cadru. Mai mult, autoritatea contractantă a fost cea care a inițiat rezilierea acordului-cadru de comun acord (și nu ca o sancțiune cum susține contestatoarea) cu promitenții furnizori pentru a-și rezerva dreptul de a demara o nouă procedură, în acest caz

neexistând niciun document constatator negativ și nici posibilitatea de a se elibera un astfel de document, fiind o reziliere de comun acord.

Faptul că SRL nu a menționat această reziliere inițiată de autoritatea contractantă și realizată de comun acord ca și ofertant situat pe locul trei în acordul-cadru, nu se poate imputa ofertantului SRL, deoarece nu există un document constatator negativ și nu există nicio abatere gravă sau mai ales un prejudiciu, nefiind în măsură a intra sub incidența art. 167 alin. (1) lit g.) din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr./24.12.2019, ... SRL a depus cererea de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, respectiv, solicitând admiterea în principiu a cererii de intervenție accesorie și respingerea contestației, ca nefondată, aducând argumente cu privire la conformitatea ofertei sale.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr./30.12.2019, ... SRL a depus cererea de intervenție în interes propriu și în beneficiul autorității contractante, solicitând, în principal, respingerea contestației formulate de SRL ca nefondată și, pe cale de consecință, menținerea dispozițiilor raportului procedurii nr. 24944/11.12.2019, menținerea deciziei autorității contractante privind rezultatul procedurii pentru loturile 1, 2 și 3, inclusiv a actelor subsecvente ca fiind corecte și legale, iar în subsidiar, în măsura în care se admite, în parte, contestația formulată de SRL, în sensul în care se admite anularea, în parte, a unor dispoziții ale raportului procedurii, solicită obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor pentru loturile 1, 2 și 3 raportat strict la motivele de excludere de la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 coroborate cu prevederile art. 171 și art. 209 din același act normativ în ceea ce privește SRL, cu luarea în considerare a ofertei sale și stabilirea ofertelor câștigătoare dintre ofertele declarate admisibile urmare a reevaluării.

Intervenienta consideră că argumentele sale din prezenta cerere de intervenție acoperă ambele ipoteze și lasă la latitudinea autorității contractante să aprecieze dacă sunt sau nu întrunite cerințele cumulative ale cazului de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Totodată, susține că nu sunt aplicabile prevederile art. 167 alin. (1) lit. h) și/sau i) din Legea nr. 98/2016.

Cu adresa nr. 191/23.12.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 53296/24.12.2019, ... SRL a transmis răspuns la punctul de vedere al autorității contractante și cu adresa nr. 1/07.01.2020, înregistrată la Consiliu cu nr. 263/07.01.2020, a răspuns la cererile de intervenție formulate de SRL și SRL.

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

În vederea încheierii acordului-cadru furnizare carne de pui, ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. SCN1051802/ 29.08.2019. Din informațiile anunțului de participare simplificat, rezultă că valoarea estimată a acordului-cadru de furnizare care urmează a se încheia este cuprinsă între 439.200 lei și 878.400 lei, fără TVA, criteriul de atribuire este prețul cel mai scăzut, iar termenul limită de depunere a ofertelor a fost 11.09.2019, ora 15:00.

Nemulțumită fiind de rezultatul procedurii, ... SRL a depus contestația în analiză solicitând anularea, în parte, a raportului procedurii de atribuire nr. 24944/11.12.2019, comunicat prin e-mail în data de 13.12.2019, obligarea autorității contractante la excluderea de la procedură a participanților SRL și SRL, ofertanți care se află sub incidența unor motive de excludere, și la desemnarea unor noi câștigători, dintre cei care îndeplinesc condițiile legale.

Contestatoare a constituit cauțiunea în sumă de 4.392 lei, conform art. 61¹ alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 205972918/1 eliberată de CEC BANK SA, Sucursala Victoria, la data de 20.12.2019.

Consiliul reține că, în cauză, s-a organizat o procedură pentru încheierea, pe loturi, a unui acord-cadru, numărul maxim de operatori economici cu care poate fi încheiat acordul-cadru fiind 3.

Clasamentul pentru cele trei loturi este următorul:

Lotul 1: Pulpe de pui întregi, fără spată, congelate:

..... SRL – locul 1;
..... SRL – locul 2;
..... SRL – locul 3;
Athos Market Food SRL – locul 4;

Lotul 2: Piept de pui cu os, congelat:

..... SRL – locul 1;
Athos Market Food SRL – locul 2;
..... SRL – locul 3;
..... SRL – locul 4;

Lotul 3: Ficat de pui, congelat:

..... SRL – locul 1;
..... SRL – locul 2;
..... SRL – locul 3;
Athos Market Food SRL – locul 4.

În ceea ce privește cererile de intervenție formulate de SRL și SRL, văzând că acestea au calitate și capacitate procesuală și au dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererilor, ofertele lor fiind declarate admisibile și aflate în primele trei locuri în clasament, astfel cum rezultă din raportul procedurii nr. 24944/11.12.2019, în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, Consiliul le încuviințează în principiu ca cereri de intervenție accesorii în interesul autorității contractante.

În acest sens, Consiliul a avut în vedere dispozițiile art. 61 alin. (2) din Codul de procedură civilă, potrivit cărora intervenția este principală, când intervenientul pretinde pentru sine, în tot sau în parte, dreptul dedus judecății sau un drept strâns legat de acesta. Din acest motiv intervenția principală, conform art. 62 alin. (1) din Codul de procedură civilă, este făcută sub forma unei cereri de chemare în judecată, îndreptându-se, în acest caz, împotriva ambelor părți din proces, respectiv autoritate contractantă și contestatoare.

Prin urmare, dat fiind că ofertele au fost declarate admisibile și clasate în primele trei locuri, iar în cauză se va încheia un acord-cadru cu trei operatori economici, cele două societăți urmăresc să își prezerve dreptul câștigat, astfel că, în fața Consiliului, nu pot uza decât de calea unei intervenții accesorii, în favoarea autorității contractante, în condițiile art. 61 alin. (3) din cod. Obiectul cererilor de intervenție în situația de față este identic cu cel al autorității contractante din punctul de vedere la contestație, respectiv menținerea rezultatului stabilit de achizitoare, motiv pentru care se poate concluziona că intervențiile sunt în sprijinul acesteia, și nu pentru realizarea unor pretenții proprii. Neexistând o pretenție proprie, ofertanților nu le poate reveni decât calitatea de intervenient accesoriu, în favoarea autorității contractante.

Astfel, cererile de intervenție urmează a fi cercetate odată cu solicitările contestatoarei, în condițiile impuse de dispozițiile coroborate ale art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și cele ale art. 64 și 67 din Codul de procedură civilă, autoarele acestora având interes în menținerea actualului rezultat al procedurii de atribuire.

Trecând la soluționarea contestației, Consiliul constată că societatea SRL formulează critici împotriva ofertantelor SRL și SRL, apreciind că, pentru ambele societăți, sunt incidente dispozițiile legale referitoare la excluderea lor, pentru existența documentelor constatatoare.

Analizând situația SRL, Consiliul constată că, în formularul DUAE prezentat, ofertanta a făcut referire la existența documentului constatator nr. 36726/02.10.2018, eliberat de Direcția Generală de Asistență Socială și Protecția Copilului Brăila, explicând că nu sunt întrunite condițiile pentru aplicarea art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, fiind enumerate măsurile luate pentru a-și demonstra credibilitatea.

În urma solicitărilor de clarificări (adresa nr. 19018/04.10.2019), ofertanta a transmis cu adresa nr. 6893/07.10.2019, măsurile luate pentru demonstrarea credibilității, constând în suplimentarea numărului de angajați și închirierea de autovehicule noi.

Analizând răspunsul la clarificări, autoritatea contractantă le-a considerat suficiente pentru a fi oferta admisibilă.

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 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.

- 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 sanțiuni 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, ceea ce, în cazul analizat, pentru documentul constatator nr. 36726/02.10.2018, menționat în DUAE, achizițarea a

efectuat demersurile necesare și a apreciat ca fiind suficiente măsurile luate de ofertantă, constând în suplimentarea numărului de angajați și de vehicule necesare furnizării produselor.

Consiliul nu are motive, în baza argumentelor susținute în contestație, să sancționeze cu anularea decizia autorității contractante de a lua în considerare măsurile întreprinse de ofertantă.

Pe de altă parte, se reține că, anexat contestației, au fost depuse următoarele documente constatatoare eliberate pentru SRL:

- documentul constatator nr. AD1001196/05.10.2018, eliberat de Spitalul Municipal, vizând neîndeplinirea corespunzătoare a contractului nr. C353/05.08.2018 (nerespectarea calității/cantității și/sau a tipului de produs, lucrare, serviciu oferat);

- documentul constatator nr. 933/04.09.2018, eliberat de Direcția Creșe a Municipiului Iași, vizând neîndeplinirea corespunzătoare a contractului nr. 1130/17.07.2019 (nerespectarea termenelor contractuale referitoare la livrarea produselor și abateri de la calitatea produselor);

- documentul constatator nr. 243/08.05.2018, eliberat de Spitalul de Pediatrie Pitești, vizând neîndeplinirea corespunzătoare a contractului nr. 70/11.01.2018 (nerespectarea termenelor contractuale referitoare la livrarea produselor și abateri de la calitatea produselor).

De asemenea, la dosarul cauzei, societatea contestatoare a depus decizia nr. 1564/2019 din 27.11.2019 (dosar nr. 697/42/2019), în care Curtea de Apel, Secția Contencios Administrativ și Fiscal, a reținut următoarele:

Analizând conținutul Declarației SC GEOCOR TRADE IMPEX SRL din data de 23.09.2019 privind neincadrarea în situațiile prevăzute de art. 167 din Legea nr. 98/2016 depusă la dosarul CNSC, data conform Declarației DUAЕ completată de aceasta, Curtea reține ca acest operator economic a declarat ca nu și-a îndeplinit defectuos în ultimii 3 ani și nu a încălcat în mod repetat obligațiile contractuale principale ce îi reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune, încheiate anterior, din motive imputabile acestuia, fapt care să fi dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune interese sau alte sancțiuni comparabile.

Pe baza acestei Declarații, reținând ca nu există motive de excludere referitoare la proceduri de insolvență, conflicte de interese sau abateri, autoritatea contractantă a declarat admisibilă oferta SC GEOCOR TRADE IMPEX SRL.

Cu toate acestea, din conținutul celor două certificate constatatoare negative depuse la dosar, respectiv Document constatator final nr. 36726/02.10.2018 referitor la îndeplinirea obligațiilor contractuale emis de DGASPC Braila și Document constatator final nr. 933/04.09.2018 emis de Municipiul Iași Direcția Creșe, rezultă ca în executarea unor contracte de achiziție publică din anul 2018, respectiv anul 2017, aceasta societate nu și-a îndeplinit corespunzător obligațiile contractuale, aspect ce a condus la încetarea anticipată a respectivelor contracte.

Fata de situația de fapt reținută mai sus, Curtea constată ca SC GEOCOR TRADE IMPEX SRL se află în cazul de excludere prevăzut de art 167 alin 1 lit h din Legea nr. 98/2016 (...).

Curtea reține ca ofertantii aveau obligația furnizării tuturor informațiilor prevăzute în mod expres, în cuprinsul DUAЕ, respectiv cu privire la situația de încetare anticipată a contractelor derulate anterior de către aceștia, indiferent de motivul care a stat la baza rezilierii acestor contracte, autoritatea contractantă fiind cea care stabilește dacă anumite situații de reziliere a contractelor încheiate

anterior sunt relevante sau nu daca este necesara clarificarea acestora in scopul verificarii daca se circumscriu situatiilor de excludere din procedura prevazute de art. 167 alin 1 din Legea nr. 98/2016.

Astfel, potrivit art. 171 alin 1 si 2 din Legea nr. 98/2016 (...)

Pentru a fi aplicabile aceste dispozitii, era necesar ca initial ofertantul sa declare situatiile de incetare anticipate a contractelor derulate anterior de catre acesta, altfel autoritatea contractanta nu poate face analiza proportionalitatii nu poate decide daca se impune aplicarea prevederilor art. 167 alin. 1 lit. g Legea nr. 98/2016, in conditiile in care nu a cunoscut aceste imprejurari, ca urmare a faptului ca respectivul operator economic nu le-a declarat.

Retinand asadar ca SC GEOCOR TRADE IMPEX SRL se afla in cazul de excludere prevazut de art. 167 alin. 1 lit. h din Legea nr.98/2016, Curtea in temeiul art. 34 din Legea nr. 101/2016, va admite plangerea formulată de petenta SRL, va desfiinta decizia CNSC nr. 1898/29.10.2019, in sensul ca va respinge exceptia lipsei de interes ca nefondata si retinand cauza spre judecare pe fond, va admite contestatia formulata, va anula in parte raportul procedurii, va exclude de la procedura participantul SRL si va obliga autoritatea sa desemneze noi castigatori, dintre cei care indeplinesc conditiile legale.

Se poate observa din cele de mai sus că instanța a avut în vedere lipsa indicării în formularul DUAЕ a două documente constatatoare: *Document constatator final nr. 36726/02.10.2018 referitor la îndeplinirea obligațiilor contractuale emis de DGASPC Brăila și Document constatator final nr. 933/04.09.2018 emis de Municipiul Iași Direcția Creșe.*

Deși, în cazul analizat, ofertanta a indicat în DUAЕ documentul constatator nr. 36726/02.10.2018 și a adus explicații în privința măsurilor luate pentru demonstrarea credibilității sale, documentul constatator nr. 933/04.09.2018 nu a fost menționat și nici celelalte documente constatatoare depuse la dosarul cauzei de societatea contestatoare (nr. 243/08.05.2018 și AD1001196/05.10.2018). Așadar, cele reținute de Curtea de Apel, Secția Contencios Administrativ și Fiscal, sunt aplicabile și în speță, ofertanta SRL trebuind a fi exclusă din procedură, raportat la art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016.

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 intimei 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 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 fișa de date a achiziției, s-au solicitat la cap. III.1.1) Situația personală a candidatului sau ofertantului Informații și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate: Ofertanții, ofertantul asociat, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, 165, 167 din Legea nr. 98/2016. Modalitate de îndeplinire: 3. *Declarație privind neîncadrarea în prevederile art. 167 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice. Operatorul economic va completa cerința corespunzătoare în formularul DUAE din documentația de atribuire. Încadrarea în situația prevăzută la art. 167 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice atrage excluderea ofertantului din procedura aplicată pentru atribuirea contractului de achiziție publică.*

Față de modul de completare a DUAE, astfel cum a susținut și societatea contestatoare, devin incidente dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016 potrivit cărora *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 SRL, în care nu a indicat toate documentele constatatoare negative 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 documentelor în discuție, ofertanta era obligată să declare existența acestora.

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. Ofertanta a indicat un singur document constatator și măsurile luate, însă nu și celelalte documente constatatoare la care a făcut referire contestatoarea, dar și instanța de judecată în hotărârea mai sus indicată, astfel încât, în baza informațiilor complete, autoritatea contractantă că poată efectua toate verificările necesare evaluării în mod corespunzător a ofertei.

Nici în cererea de intervenție nu se face vreo referire la celelalte documente constatatoare și motivul neindicării lor în DUAE.

Faptul adus în discuție de autoritatea contractantă în punctul său de vedere referitor la existența în SEAP a 13 documente constatatoare pozitive pentru societate nu poate înlătura sancțiunea prevăzută de dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016.

Se impune, aşadar, o reevaluare a ofertei SRL, pentru cele trei loturi.

Trecând la analiza situaţiei ofertantei SRL, Consiliul constată că, în formularul DUAE prezentat, nu este indicat niciun document constatatator.

La dosarul cauzei, societatea contestatoare a depus actul de reziliere nr. N2/51893/18.07.2019, în referire la acordul-cadru nr. N2/39.416/07.05.2018, încheiat de Spitalul Penitenciar Bucureşti-Jilava, în legătură cu care semnatarii, în calitate de promitenţi furnizori (printre care şi SRL) au trimis negaţie cu privire la posibilitatea livrării cantităţilor rămase nelivrate din acordul-cadru de furnizare „Carcasă porc”. Autoritatea contractantă a decis rezilierea acordului-cadru cu toţi promitenţii furnizori, în vigoare începând cu 01.08.2019. La data completării DUAE (11.09.2019), rezilierea îşi produsese efectele.

Cum s-a arătat 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 condiţii cumulative:

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

Se poate observa din actul adiţional depus de contestatoare că, pentru acordul-cadru încheiat cu Spitalul Penitenciar Bucureşti-Jilava, părţile au convenit de comun acord cu privire la rezilierea acordului-cadru nr. N2/39.416/07.05.2018, nefiind depus la dosarul cauzei vreun document constatatator privind neîndeplinirea culpabilă de către SRL a acordului-cadru.

Pentru a fi incidente dispoziţiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, trebuie să existe, după cum s-a menţionat o încălcare gravă sau repetată a obligaţiilor contractuale principale care să determine aplicarea unei sancţiuni, or, din actul adiţional, rezultă că părţile au convenit de comun acord să rezilieze contractul. Aşadar, condiţia aplicării unei sancţiuni nu există în cauză.

Acordul părţilor în privinţa rezilierii, cum a susţinut şi intervenienta SRL, nu poate atrage aplicarea dispoziţiilor art. 167 alin. (1) lit. g) sau h) din Legea nr. 98/2016, nefiind vorba despre emiterea vreunui document constatatator sau a altui document care să constate o neîndeplinire a obligaţiilor contractuale, ci de încheierea unui act adiţional în care părţile au convenit asupra modului de încetare a contractului, respectiv prin “reziliere”.

Într-adevăr, astfel cum a reţinut şi Curtea de Apel, Secţia Contencios Administrativ şi Fiscal, în decizia nr. 792/2019 din

07.06.2019, lipsa din dosarul achiziției a unui document justificativ emis în sensul art. 166 din HG nr. 395/2016 nu poate atrage în mod automat neaplicarea dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, însă între SRL și Spitalul Penitenciar București-Jilava a intervenit o înțelegere de comun acord care a determinat semnarea actului adițional în discuție și nu a fost emisă ofertantei o notificare de reziliere a acordului-cadru pentru culpa sa.

O solicitare de clarificări din partea autorității contractante, pentru confirmarea situației, ar fi de prisos, câtă vreme actul adițional în discuție face referire expresă la acordul comun al părților pentru rezilierea acordului-cadru.

Astfel fiind, se constată a fi neîntemeiate criticile contestatoarei în privința ofertantei SRL.

În considerarea celor prezentate, Consiliul va admite, în parte, contestația SRL și va dispune reevaluarea ofertei SRL, pentru loturile 1, 2 și 3.

Fiind întemeiată, în parte, contestația, Consiliul va respinge ca nefondată cererea de intervenție a SRL și va admite cererea de intervenție a SRL.

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, în parte, contestația formulată de SRL, în contradictoriu cu, și anulează procesul-verbal nr. 24344/03.12.2019 privind evaluarea propunerilor financiare, inclusiv verificarea conformității acestora cu propunerile tehnice, raportul procedurii de atribuire nr. 24944/ 11.12.2019 și comunicările privind rezultatul procedurii. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei SRL, pentru loturile 1, 2 și 3, în termen de 15 zile de la primirea deciziei, cu respectarea celor din motivare, a documentației de atribuire și a dispozițiilor legale în vigoare. Rezultatul procedurii va fi comunicat ofertanților în termenul legal.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, respinge ca nefondat capătul de cerere privind excluderea din procedură a SRL.

În temeiul art. 64 Cod procedură civilă, încuviințează în principiu cererile de intervenție formulate de SRL și SRL. Respinge, ca nefondată, cererea de intervenție formulată de SRL și o admite pe cea formulată de SRL.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile lucrătoare 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 6 exemplare, conține 15 pagini.