



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. 681/C5/585

Data: 18.03.2024

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 12337/28.02.2024, formulată de către, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având, împotriva raportului procedurii nr.454131/21.02.2024, emis de către în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru, divizat pe loturi, având ca obiect, se solicită:

- admiterea contestației și anularea în tot a deciziei autorității contractante privind excluderea contestatoarei din Procedură și rezultatul procedurii pentru LOTUL 3 și LOTUL 7, respectiv anularea în parte a Raportului procedurii și anularea în ceea ce privește rezultatul procedurii pentru LOTUL 3 și LOTUL 7 a tuturor actelor subsecvente acestuia.
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor și documentelor aferente începând cu etapa aplicării criteriilor de calificare și selecție în ceea ce privește stabilirea ofertelor câștigătoare dintre ofertele declarate admisibile urmare a reevaluării și emiterea în consecință a unei alte decizii privind rezultatul procedurii pentru LOTUL 3 și LOTUL 7, cu respectarea dispozițiilor legale.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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 critică decizia autorității contractante de excludere a ofertei sale din procedură pentru următoarele motive:

1. ÎN FAPT

Prin anunțul de participare nr. CN1064898 din 04.02.2024, autoritatea contractantă a inițiat procedura de achiziție publică, pentru atribuirea unor acorduri-cadru de furnizare pentru achiziția de produse agro-alimentare necesare hrănirii efectivelor de elevi, pe 8 loturi.

În cadrul procedurii au fost depuse oferte de către 9 operatori economici, printre care, conform Procesului verbal nr. 1 din 21.02.2024 privind vizualizarea și accesarea ofertelor depuse în vederea atribuirii acordului cadru de furnizare produse și analiza DUAЕ (Anexa 1).

În procesul verbal ante-menționat, autoritatea contractantă reține faptul că se vor solicita clarificări unui număr de 5 operatori economici cu privire la declarațiile depuse de aceștia pentru dovedirea eligibilității, însă este exclusă din procedură în baza a două certificate constatatoare fără nicio solicitare de clarificare în acest sens, încălcându-se astfel principiul egalității de tratament prevăzut de art.2 din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa nr. 454131 / 21.02.2024 (Anexa 2) contestatoarea a fost informată cu privire la excluderea sa din procedură:

"Prin prezenta vă aducem la cunoștință faptul - că în conformitate cu 167 alin.(1), lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016 privind Achiziții modificările și completările ulterioare, ați fost exclus din cadrul atribuire nr. CN1064898 din 04.02.2024 a unui acord cadru furnizare agro-ahmentare, necesare hrănirii efectivelor de elevi în baza constatatoare (ce.se regăsesc în S.E.A.P și sunt anexate la prezenta) din 14.04.2022 emis de către DGASPC Brăila referitor la anunțul simplificat SCN „

Cu toate acestea, contestatoarea susține că oferta este în mod evident admisibilă astfel:

2. RAPORTAT LA REZULTATUL PROCEDURII PENTRU LOTUL 3 și LOTUL 7

Petenta susține că decizia autorității contractante este nelegală și netemeinică sub aspectul aprecierii de către aceasta ca incident a cazului de excludere din Procedura prevăzut de art. 167 alin. (1) litera g) din Legea nr. 98/2016, pentru motivele următoare:

În Procesul verbal nr. 1 din 21.02.2024 și adresa nr. 454131 21.02.2024, autoritatea contractantă menționează două documente constatatoare de la începutul anului 2022 care apar pe SEAP, respectiv documentul nr. 19297/14.04.2022 emis de și documentul nr. A990/10.05.2022 emis

..... apreciază că nu se află în situația prevăzută la art. 167 alin. (1) litera g) din Legea nr. 98/2016.

În cazul se poate lesne observa din însuși documentul constatatator faptul că nu există prejudicii neacoperite în patrimoniul autorității contractante în cauză în contextul în care aceasta menționează reținerea garanției conform acordului-cadru, iar nu ca urmare a unui prejudiciu efectiv înregistrat, în secțiunea privind prejudiciile din documentul constatatator respectiv:

"Prejudicii aduse sau ce ar fi putut fi aduse autorității contractante derulării contractului (dacă este posibil cuantificarea valorificarea Reținerea garanției depuse în contul autorității contractante, 275,79 lei, urmare a întreruperii hrănirii personalului "

În plus pentru a putea aplica dispozițiile art. 167 alin. (1) litera g) din Legea nr. 98/2016 autoritatea contractantă trebuia să constate încălcarea de către contestatoare (i) în mod grav sau (ii) repetat a obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice.

Lipsa caracterului grav putea lesne rezulta prin analiza documentul nr. 19297/14.04.2022 emis unde se putea constata:

- pe de o parte mențiunea că toate contractele subsecvente au fost executate în mod corespunzător de contestatoare (informație de la pct. 8 din respectivul document),
- iar pe de altă parte din valoarea redusă a pretențiilor pe care autoritatea contractantă le-a avut față de contestatoare, respectiv 2399,92 lei (informație de la pct. 9 din respectivul document - pag.2).

Lipsa caracterului repetat al încălcărilor reiese din numărul mare de licitații câștigate de contestatoare (peste 200 din ianuarie 2021 și până în prezent, după cum se poate vedea în Anexa 3 - lista anunțurilor de atribuire către în perioada ianuarie 2021 - februarie 2024) cu valori cumulate de milioane de lei (a se vedea valorile din anexa amintită), la care se adaugă un număr 150 de Documente constatatoare "pozitive" emise în același interval de referință (Anexa 4 - lista documentelor constatatoare pozitive emise de autoritățile contractante pentru în perioada ianuarie 2021 - februarie 2024).

Contestatoarea susține că nu poate fi vorba de o încălcare gravă a obligațiilor contractuale în contractele de achiziție publică amintite și nici de un caracter repetat al acestor încălcări.

Pe cale de consecință nu sunt îndeplinite cumulativ condițiile de la art. 167 alin. (1) litera g) din Legea nr. 98/2016.

Doar în cazul îndeplinirii cumulative a condițiilor prevăzute de legiuitor la art. 167 alin. (1) litera g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, autoritatea contractantă ar putea face aplicarea acestuia.

Contestatoarea solicită Consiliului să observe că, în ipoteza în care s-ar afla totuși în situația prevăzută la art. 167 alin. (1) litera g) din Legea nr. 98/2016, atunci excluderea ofertanților în baza documentelor constatatoare negative, în temeiul art. 167 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, este permisă doar prin coroborarea cu dispozițiile art. 171 din același act normativ.

Astfel, regula instituită de art. 171 din Legea nr. 98/2016 stabilește ca, orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 167 din același act normativ, 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.

..... apreciază că autoritatea contractantă putea solicita clarificări, iar petenta ar fi arătat măsurile întreprinse, măsuri care pot fi considerate a fi inclusiv de remediere în sensul art. 171 din Legea nr. 98/2016, precum:

- a. Identificarea și încheierea unor contracte cu furnizori alternativi:

Datorită faptului că furnizorii obișnuiți au crescut prețurile în mod excesiv, a efectuat o cercetare de piață pentru a găsi alternative mai convenabile și a încheiat contracte cu furnizori alternativi care să ofere aceleași produse sau servicii la prețuri rezonabile.

b) Renegocierea contractelor:

Contestatoarea arată că a inițiat discuții cu furnizorii existenți pentru a renegocia prețurile și termenii contractelor.

c) Căutarea de finanțări suplimentare:

Petenta a obținut finanțări suplimentare pentru a se ajuta să facă față creșterii bruște a prețurilor.

d) Diversificarea lanțului de aprovizionare:

Contestatoarea susține că a diversificat lanțul de aprovizionare, astfel încât să nu depindă exclusiv de un singur furnizor. Acest lucru i-a ajutat să reducă riscul de a fi afectați de fluctuațiile de preț și să aibă mai multe opțiuni disponibile în cazul în care un furnizor crește prețurile excesiv.

e) Gestionarea stocurilor de marfă alimentară

Planificarea și prognozarea:

- a analizat tendințele de vânzare anterioare și a luat în considerare factorii sezonieri, evenimentele speciale sau orice altă influență relevantă pentru a estima cererea viitoare.
- a utilizat aceste informații pentru a planifica cantitățile și varietățile de marfă necesare.

Monitorizarea datelor de vânzare:

- a implementat un sistem de gestiune a stocurilor care să-i permită să monitorizeze în mod regulat datele de vânzare, să identifice fluctuațiile neașteptate și să ajusteze nivelul de stocuri în consecință.

Gestionarea datelor de expirare:

- în cazul produselor alimentare, este important să monitorizeze și să gestioneze datele de expirare.
- Deține o metodă eficientă de urmărire a datelor de expirare, stocurile sunt rotite în mod corespunzător pentru a evita risipa și pentru a menține calitatea produselor.

Relația cu furnizorii:

- a dezvoltat și menținut o relație de colaborare cu furnizorii de alimente.
- comunicarea cu aceștia pentru a-i informa cu privire la prognozele de cerere, pentru a obține informații despre disponibilitatea produselor și pentru a negocia termeni și condițiile favorabile, cum ar fi termene de plată și cantitățile minime de comandă.

Analiza și rapoarte periodice:

- Efectuează analize periodice asupra stocurilor pentru a identifica produsele cu mișcare lentă sau exces de stoc. Acest lucru ajută la luarea deciziilor informate privind reducerile de preț sau alte strategii pentru a reduce stocurile excedentare.

Colaborarea între departamente:

- comunicarea eficientă între departamentele responsabile de achiziții, vânzări și depozitare. Astfel, se obține o coordonare mai bună în ceea ce privesc necesitățile de stoc și i se asigură alinierea cu strategiile de vânzare și marketing.

Gestionarea condițiilor de depozitare:

- în funcție de tipul de marfă alimentară, contestatoarea se asigură că are facilități de depozitare adecvate, cum ar fi temperatură controlată, ventilație și condiții de igienă corespunzătoare, pentru a menține calitatea și siguranța produselor.

Colaborarea cu furnizorii pentru planificarea cererii:

- în cazul produselor alimentare sezoniere sau cu cicluri de producție specifice, petenta susține că lucrează împreună cu furnizorii pentru a planifica cererea și pentru a se asigura că are stocuri adecvate înainte de perioadele de creștere a cererii.

Mai trebuie menționat că și în situația existenței unor documente constatatoare negative, autoritățile contractante pot declara câștigători ofertanții care se regăsesc în aceste situații (această practică fiind consacrată la nivelul CNSC și al instanțelor de judecată) dacă analizează situația de fapt și de drept în care respectivul ofertat se află, simpla existență a unor documente constatatoare negative nefiind o condiție necesară și suficientă de aplicare a dispozițiilor art.167 alin.1 lit. g) din Legea nr. 98/2016, ci doar o premisă care atrage după sine o analiză din partea membrilor comisiei de evaluare constituită la nivelul autorității contractante.

Astfel, atât practica CNSC, cât și jurisprudența CJUE, cuprind argumente suficiente în sensul că emiterea unui certificat constatat negativ nu echivalează cu o excludere automată a ofertantului respectiv din cadrul tuturor procedurilor de atribuire, subliniindu-se necesitatea respectării principiului proporționalității în contextul aprecierii cazurilor de excludere referitoare la fiabilitatea/ credibilitatea operatorului economic participant la procedura de atribuire de existența unui certificat constatat negativ.

Nu în ultimul rând, așa cum a menționat, în procesul verbal nr. 1 din 21.02.2024, autoritatea contractantă reține faptul că se vor solicita clarificări unui număr de 5 operatori economici cu privire la declarațiile depuse de aceștia pentru dovedirea eligibilității, însă este exclusă din procedură în baza a două certificate constatatoare (ce se regăsesc în SEAP) fără nicio solicitare de clarificare în acest sens.

Or, solicitarea unor informații, documente și/sau clarificări de la alți 5 ofertanți dar nu și de la contestatoare, este de natură a determina apariția unui avantaj evident în favoarea celorlalți ofertanți și conduce la încălcarea principiului tratamentului egal stabilit prin art.2 alin.2 din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa nr. 4532324/29.02.2024, înregistrată la CNSC cu nr. 12890/01.03.2024, ... transmite punctul său de vedere cu privire la contestația formulată de către solicitând respingerea acesteia ca neîntemeiată, pentru următoarele motive:

I. În fapt, prin procesul verbal nr. 1 din 21.02.2024 și adresa nr. 454131 din 21.02.2024 a autorității contractante, contestatorul a fost informat că a fost exclus din cadrul licitației pentru încheierea unui Acord-cadru de achiziție publică de furnizare: *"Produse alimentare necesare hrănirii elevilor în perioada 01.03.2024-31.01.2025"* prin anunțul de participare nr. CN 1064898 din 04.02.2024 pentru motivele prevăzute de art. 167. alin. (1). lit. g) și alin. (8) al aceluiași articol, din Legea nr. 98/2016 privind Achizițiile publice cu modificările și completările ulterioare, în dovedirea excluderii autoritatea contractantă atașează documentele următoare:

1. certificat constatator pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale nr. 19297 din 14.04.2022 emis de către referitor la anunțul de participare simplificat nr. SCN 1093221,

2. certificat constatator pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale nr. A-990 din 10.05.2022 emis de către referitor la anunțul de participare simplificat nr.

Din coroborarea alin. (1), lit. g) și alin. (8) din art. 167 din Legea nr. 98/2016 rezultă faptul că prezenta contestație nu poate fi admisă pentru următoarele motive:

1. Excluderea este o măsură imperativă impusă de lege autorității contractante în cazul în care constată existența unor certificate constatatoare pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către ofertant;

2. Ofertantul a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile contractuale (a refuzat să semneze contractele, nu a livrat produsele), aspecte rezultate din:

- punctul 10, lit. d) și f) din documentul nr. A-990 din 10.05.2022 emis de către;

- punctul 9 din documentul nr. 19297 din 14.04.2022 emis de către

3. Încălcările contractuale ale ofertantului au condus la încetarea anticipată a contractelor respective (au fost reziliate anticipat contractele de către autoritatea contractantă), aspecte rezultate din:

- punctul 10. lit. d) și f) din documentul nr. A-990 din 10.05.2022 emis de către;

- punctul 9 din documentul nr. 19297 din 14.04.2022 emis de către;

4. Încălcările contractuale ale ofertantului au condus la plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile (au fost stabilite penalități), aspecte confirmate de :

- punctul 11. din documentul nr. A-990 din 10.05.2022 emis de către;

- punctul 10 din documentul nr. 19297 din 14.04.2022 emis de către

II. Autoritatea contractantă arată că argumentele prezentate în susținerea contestației nu au temei în fapt și în drept deoarece:

Documentele constatatoare pozitive invocate de către ofertant nu au legătură cu motivele de excludere prevăzute în certificatele constatatoare pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale menționate deoarece ofertantul nu a dispus măsuri de remediere în cauzele ce au determinat excluderea și nu și-a asumat plata despăgubirilor (punctul 10 din documentul nr. 19297 din 14.04.2022 și punctul 11, din documentul nr. A-990 din 10.05.2022). De asemenea, legea nu condiționează efectele unui certificat constatator negativ de existența unor certificate de constatare pozitive:

Astfel, autoritatea contractantă constată că prevederile alin. (1), lit. g) și alin. (8) din art. 167 din Legea nr. 98/2016 au fost îndeplinite cumulativ chiar dacă legea prevede că excluderea se dispune prin îndeplinirea alternativă a condițiilor respective deoarece în exprimare legiuitorul folosește conjuncția "sau";

- Ofertantului i-au fost solicitate clarificări privind excluderea (conform art. 171 din Legea nr. 98/2016) prin adresa nr. 454131 din 21.02.2024, care a fost postată în SEAP în data de 21.02.2024 la secțiunea Solicitări de clarificare/întrebări și la care putea să depună răspuns până la data de 22.02.2024/23.59, astfel încât autoritatea contractantă ar fi revenit eventual asupra măsurii excluderii. menționează că același mod de lucru a fost folosit și în cazul excluderii ofertantului (captură de ecran SEAP din dosarul procedurii); Ofertantul a depus oferte pentru loturile 1, 2, 3 și 7 dar contestă excluderea doar pentru loturile 3 și 7 deși legea nu permite o excludere parțială (excluderea aplicându-se pentru întreaga procedură). Prin aceasta ofertantul admite indirect faptul că nu are interes să fie declarat câștigător pentru ofertele aferente loturilor 1 și 2 ceea ce denotă lipsa bunei credințe în raporturile cu achizitorul și faptul că prezenta contestație are doar rolul de a tergiversa procedura;

Certificatele constatatoare pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale pot fi lipsite de efect sau suspendate doar prin exercitarea controlului judecătoresc conform Legii contenciosului administrativ nr. 544/2004, ofertantul nedepunând dovada acestor demersuri.

Autoritatea contractantă solicită Consiliului să aibă în vedere și constatările întocmite la nivelul unității pe care le-a descoperit ulterior și care demonstrează legalitatea și temeinicia excluderii (lipsa bunei credințe în raporturile contractuale) și implicit îndeplinirea condițiilor alin. (1), lit. g) și alin. (8) din art. 167 din Legea nr. 98/2016, respectiv:

1. certificatele constatatoare nr. 4242585 din 06.05.2022 și nr. 4243414 din 03.06.2022 emise de UM 0854 Fălticeni;
2. notificările cu nr. 4244861 din 15.07.2022, nr. 4242587 din 06.05.2022 și nr. 4243072 din 23.05.2022, emise de care demonstrează și că actele de constatare 4242585 și 4243414 au fost comunicate ofertantului.

În susținerea punctului de vedere, autoritatea contractantă anexează următoarele documente în copie certificate cu originalul: dosarul procedurii;

- certificat constatator nr. 4242585 din 06.05.2022 și cu nr. 4243414 din 03.06.2022 emise

- notificările cu nr. 4244861 din 15.07.2022. nr. 4242587 din 06.05.2022 și nr. 4243072 din 23.05.2022, ...

Prin adresa nr. 298/12.03.2024, înregistrată la CNSC sub nr. 14185/12.03.2024, ... a transmis "NOTE SCRISE" ca răspuns la punctul de vedere transmis de autoritatea contractantă, iar autoritatea contractantă a făcut o analiză superficială astfel:

1. Autoritatea contractantă nu a solicitat clarificări privind situația de excludere

Autoritatea susține în cadrul punctului de vedere faptul că ar fi solicitat clarificări astfel:

Ofertantului i-au fost solicitate clarificări privind excluderea (conform art. 171 din Legea nr. 98/2016) prin adresa nr. 45413] din 21.02.2024, care a fost postată în SEAP în data de 21.02.2024 la Secțiunea Solicitări de clarificare întrebări și la care putea să depună răspuns până la data de 22.02.2024/23,59 astfel încât autoritatea contractantă ar fi revenit eventual asupra măsurii excluderii. Menționăm că același mod de lucru a fost folosit și în cazul

Contestatoarea susține că din print-screenul atașat, autoritatea contractantă i-a transmis direct comunicarea deciziei de excludere.

Potrivit legii, 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 solicită într-un anumit termen ofertanților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței. Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora.

În acest context, petenta reamintește faptul că cererea de clarificări *"trebuie să fie clară și să definească în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare"*.

Or, o comunicare prin care ofertantului i se aduce la cunoștință faptul că a fost deja exclus și fără a conține vreo cerere explicită de clarificări, nu poate fi interpretată în nicio situație (indiferent în ce secțiune din SEAP este încărcată) drept o solicitare de clarificări;

"Prin prezenta vă aducem la cunoștință faptul că în conformitate cu art. 167 alin.(1), lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016 privind Achizițiile publice cu modificările și completările ulterioare, ați fost exclus din cadrul procedurii de atribuire nr. CN1064898 din 04.02.2024 a unui acord cadru de furnizare produse"

Mai mult, contestatoarea arată că această conduită a autorității contractante de a încărca o decizie de excludere din procedură în secțiunea de clarificări din SEAP ar putea fi interpretată drept o încercare de inducere în eroare a ofertantului raportat la termenele de contestație.

Modul în care a acționat autoritatea contractantă față de ofertant și modul în care aceasta încearcă inducerea în eroare a Consiliului cu privire la faptul că ar fi solicitat clarificări, încalcă în mod flagrant principiile tratamentului egal și transparenței statuate de legislația aplicabilă în materia achizițiilor publice.

2. Posibilitatea de a contesta doar anumite loturi este prevăzută de legiuitor

Autoritatea susține în cadrul punctului de vedere faptul că ofertantul nu ar putea contesta decât toate loturile sau deloc:

Ofertantul a depus oferte pentru loturile 1, 2, 3 și 7 dar contestă excluderea doar pentru loturile 3 și 7 deși legea nu permite o excludere parțială (excluderea aplicându-se pentru întreaga procedură). Prin aceasta ofertantul admite indirect faptul că nu are interes să fie declarat câștigător pentru ofertele aferente loturilor 1 și 2 ceea ce denotă lipsa bunei

Astfel, contestatoarea arată că legislația aplicabilă în materia achizițiilor publice permite ofertanților să conteste per loturi în cadrul unei proceduri de achiziții publice, fără limită în vreun fel sau condiționa (altfel decât raportat la constituirea unei cauțiuni/plata taxei de timbru judiciar per fiecare lot contestat) exercitarea acestui drept. Mai mult, Legea nr. 101 /2016 dispune că, în cazul în care, în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, autoritatea contractantă achiziționează produse, servicii sau lucrări defalcate pe loturi, măsurile de remediere adoptate potrivit art. 9 alin. (1) din același act normativ, privesc numai loturile pentru care s-a depus contestație.

Potrivit dispozițiilor art. 215 din Legea nr. 98/2016, decizia privind rezultatul procedurii, constă în decizia privind atribuirea/încheierea contractului de achiziție publică/acordului-cadru către un anumit ofertant (decizie care se ia pe loturi) sau decizia de a nu atribui un contract, de a nu încheia un acord-cadru.

În contextul formulării unei contestații, în speță ofertantul vizează modificarea deciziei privind rezultatul procedurii aferent loturilor contestate prin obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor și documentelor aferente începând cu etapa aplicării criteriilor de calificare și selecție în ceea ce privește stabilirea ofertelor câștigătoare dintre ofertele declarate admisibile urmare a reevaluării și emiterea în consecință a unei alte decizii privind rezultatul procedurii pentru LOTUL 3 și LOTUL 7, cu respectarea dispozițiilor legale.

A obliga ofertantul la a contesta toate loturile sau niciunul constituie o limitare a accesului liber la justiție, care este un principiu fundamental al organizării oricărui sistem judiciar democratic fiind consacrat într-un număr important de documente interne și internaționale, astfel că el are semnificații deosebite atât pentru dreptul procesual, cât și pentru dreptul constituțional. Liberul acces al persoanei la justiție reprezintă facultatea oricărei persoane de a introduce, după libera sa apreciere, o acțiune în justiție/ pe cale administrativ-jurisdicțională, implicând obligația corelativă a statului ca, prin CNSC ca organism independent cu activitate administrativ-jurisdicțională/ instanța competentă, să soluționeze contestația/acțiunea. Orice condiționare a accesului liber la justiție reprezintă o nesocotire a unui principiu constituțional fundamental și a unor standarde internaționale universale. În plan procesual, accesul liber la justiție se concretizează în prerogativele pe care le implica dreptul la contestație/acțiune, ca aptitudine legală ce este recunoscută de ordinea juridică oricărei persoane (care se consideră vătămată de un act al autorității contractante).

3. Alte aspecte menționate de autoritatea contractantă în punctul de vedere

Contestatoarea mai menționează „excluderea se dispune prin îndeplinirea alternativă a condițiilor” din art. 167 din Legea nr. 98/2016, ca „documentele constatatoare pozitive invocate de către ofertant nu au legătură cu motivele de excludere”, ca ofertantul nu a depus dovada unor demersuri în sensul art. 171 din Legea nr. 98/2016 în contextul în care excluderea este o măsură imperativă și că a făcut o serie de constatări „întocmite la nivelul unității noastre, pe care le-am descoperit ulterior” (unde ulterior înseamnă la data redactării punctului de vedere în cadrul contestației).

Pentru a putea aplica dispozițiile art. 167 alin. (1) litera g) din Legea nr. 98/2016 autoritatea contractantă trebuia să constate încălcarea de către contestatoare (i) în mod grav sau (ii) repetat a obligațiilor principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, însă acestea în mod cumulativ cu următoarea condiție privind consecințele încălcărilor. Doar în cazul îndeplinirii cumulative a condițiilor prevăzute de legiuitor la art. 167 alin. (1) litera g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, autoritatea contractantă ar putea face aplicarea acestuia.

În cazul, contestatoarea susține că se poate lesne observa din însuși documentul constatator faptul că nu există prejudicii neacoperite în patrimoniul autorității contractante în cauză. Lipsa caracterului grav putea lesne rezulta prin analiza documentului nr. 19297/14.04.2022 emis de

Autoritatea contractantă solicită Consiliului să observe că, în ipoteza în care s-ar afla totuși în situația prevăzută la art. 167 alin. (1) litera g) din Legea nr. 98/2016, atunci excluderea ofertanților în baza documentelor constatatoare negative, în temeiul art. 167 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, este permisă doar prin coroborarea cu dispozițiile art. 171 din același act normativ. Și în situația existenței unor documente constatatoare negative, autoritățile contractante pot declara câștigători ofertanții care se regăsesc în aceste situații (această practică fiind consacrată la nivelul CNSC și al instanțelor de judecată) dacă analizează situația de fapt și de drept în care respectivul ofertat se află, simpla existență a unor documente constatatoare negative nefiind o condiție necesară și suficientă de aplicare a dispozițiilor art. 167 alin. 1 lit. g) din Legea nr. 98/2016, ci doar o premisă care atrage după sine o analiză din partea membrilor comisiei de evaluare constituită la nivelul autorității contractante.

Astfel, regula instituită de art. 171 din Legea nr. 98/2016 stabilește ca, orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 167 din același act normativ, 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. Or, în cazul în care autoritatea contractantă ar fi solicitat în mod real clarificări (așa cum susține aceasta), contestatoarea ar fi arătat măsurile întreprinse oricum de societatea noastră, măsuri care pot fi considerate a fi inclusiv de remediere în sensul art. 171 din Legea nr. 98/2016. Or, solicitarea unor informații, documente și/sau clarificări de la alți 5 ofertanți dar nu și de la petentă, este de natură a determina apariția unui avantaj evident în

favoarea celorlalți ofertanți și conduce la încălcarea principiului tratamentului egal stabilit prin art.2 alin.2 din Legea 98/2016.

Decizia de excludere din data de 21.02.2024 nu poate fi întemeiata pe aspecte descoperite „ulterior” (unde ulterior înseamnă la data redactării punctului de vedere în cadrul contestației), iar această „descoperire” nu este de natură să înfrângă automat dispozițiile art. 171 din Legea nr. 98/2016 și nici să permită încălcarea principiului tratamentului egal stabilit prin art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 raportat la absența solicitărilor de clarificări.

..... a transmis recipisa de consemnare nr. 210010069/1, eliberată de CEC BANK Sucursala Constanța la data de 01.03.2024, din care rezultă consemnarea cauțiunii în valoare de 160,00 lei, aferentă lotului 3, și recipisa de consemnare 210010079/1, eliberată de CEC Bank Sucursala Constanța la data de 01.03.2024, din care rezultă consemnarea cauțiunii în valoare de 480,00 lei, pe seama și la dispoziția C.N.S.C., corespunzătoare dosarului nr. 585/2024, în cuantumul și în termenul prevăzut la art. 61¹ din Legea nr. 101/2016.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru, divizat pe loturi, având ca obiect „Achiziția de produse agro-alimentare, necesare hrănirii efectivelor de elevi prin încheierea unui acord-cadru”, cod CPV 15000000-8 Alimente, băuturi, tutun și produse conexe (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr.

Conform anunțului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate- preț”, iar valoarea estimată a acordului-cadru, este de 477.200,00 lei fără TVA.

Analizând conținutul dosarului cauzei, Consiliul constată că din adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 454131/21.02.2024, ... a fost exclus deoarece se încadrează în prevederile de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, având în vedere certificatele constatatoare nr. 19297/14.04.2022 emis și nr. A-990/10.05.2022 emis de

În cadrul Procesului verbal nr. 1 privind vizualizarea și accesarea ofertelor depuse în vederea atribuirii acordului-cadru de furnizare produse alimentare și analiză DUAЕ (pag. 95-98 din dosarul achiziției depus de autoritatea contractantă) autoritatea contractantă a menționat la pag. 6 din 7 „în conformitate cu art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016 (...) operatorul economic este exclus din cadrul procedurii de atribuire a unui acord cadru de furnizare produse agro-alimentare, necesare hrănirii efectivelor de elevi, în baza certificatelor constatatoare (ce se regăsesc în SEAP) cu nr. 19297 din 14.04.2022 emis de referitor la anunțul de participare simplificat nr. SCN 1093221 și nr. A-990 din 10.05.2022 emis de către referitor la anunțul de participare simplificat nr. În urma vizualizării ofertelor depuse de către ofertanți, comisia de evaluare a decis în unanimitate următoarele:

- I. *Ofertele operatorilor economici sunt admisibile*
II. *Se vor solicita clarificări următorilor operatori economici, după cum urmează: (...)"*

Procedând la verificarea acestui proces verbal, Consiliul reține că printre operatorii enumerați de către autoritatea contractantă pentru solicitarea unor clarificări, operatorul nu se regăsește, așa cum autoritatea contractantă susține în punctul de vedere depus la dosar.

Analizând documentele constatatoare menționate de către autoritatea contractantă în cadrul procesului verbal nr. 1, respectiv:

- Documentul constatator nr. 19297 din 14.04.2022 emis de referitor la anunțul de participare simplificat nr. SCN 1093221 (pag. 101 din dosarul achiziției depus de autoritatea contractantă) Consiliul constată că „*prin adresa nr. 15006/23.03.2022 a adus la cunoștința operatorului economic intenția de a atribui cu contract subsecvent începând cu data de 01.04.2022 pentru perioada 01.04.2022-30.04.2022 conform acordului cadru furnizare produse alimentare de bază nr. 58322/08.11.2021. Prin adresa nr. 46/24.03.2022 (...) a solicitat autorității contractante ajustarea prețului acordului cadru (...) în contextul social economic existent generat de creșterea costului carburanților și a costurilor și prețurilor de achiziție a produselor alimentare chiar și cu creșteri de 100%. (...) Acordul cadru furnizare produse „Alimente de bază” nr. 58322/08.11.2021 a fost denunțat unilateral de către autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile art. 11.2 para. 3 din acordul mai sus menționat (...) motivat de faptul că nu a avut capacitatea de a încheia un contract subsecvent începând cu data de 01.04.2022 (...) conform ofertei financiare. (...) Prejudiciile care au fost sat care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului (...): 2.399,92 lei fără TVA reprezintă diferența dintre prețul unitar al produselor menționate în propunerea financiară anexă la acordul cadru furnizare produse „alimente de bază” nr. 58322/08.11.2021 și prețul de achiziție al produselor prin cumpărare directă, care a fost înmulțit cu cantitatea achiziționată pentru fiecare produs pentru luna aprilie 2022”*
- Documentul constatator nr. A-990 din 10.05.2022 emis de către referitor la anunțul de participare simplificat nr. SCN 1088289. (pag. 100 din dosarul achiziției depus de autoritatea contractantă) Consiliul constată: „*refuzul operatorului economic de a mai semna contracte subsecvente pe fondul creșterii excesive a prețurilor. Rezilierea contractului: DA*”

În prezenta cauză, Consiliul va reține incidența următoarelor norme juridice:

- art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016: „*Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă acesta*

reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege”

- Art. 167 din Legea nr. 98/2016: „(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații:

c) a comis o abatere profesională gravă care îi pune în discuție integritatea, iar autoritatea contractantă poate demonstra acest lucru prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi o decizie a unei instanțe judecătorești sau a unei autorități administrative;

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

h) operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate”;

- 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. 144 din HG nr. 395/2016 „(1) Fără a aduce atingere prevederilor art. 207 alin. (2) din Lege, **refuzul nemotivat al ofertantului declarat câștigător de a semna contractul de achiziție publică/acordul-cadru este asimilabil situației prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege**”.

- art. 171 alin. (1), (2), (3) și (5) din Legea nr. 98/2016: „(1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere. (2) În cazul în care autoritatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire. (3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 le poate furniza autorității contractante, în sensul prevederilor alin. (1), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau

altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația, și la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite. (5) În cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situațiile de excludere prevăzute la art. 164 și 167 nu se aplică: (...) b) dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant”.

În soluționare Consiliul reține și faptul că prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) transpun prevederile art. 57 alin. (4) lit. g) din Directiva 2014/24/UE „Autoritățile contractante pot exclude sau statele membre le pot solicita acestora să excludă de la participarea la o procedură de achiziție publică orice operator economic aflat în oricare din următoarele situații: (...) **dacă operatorul economic a dat dovadă de deficiențe semnificative sau persistente la îndeplinirea unei cerințe de fond prevăzute de un contract de achiziții publice anterior, de un contract anterior încheiat cu o entitate contractantă sau de un contract de concesiune anterior care au dus la încetarea anticipată a respectivului contract anterior, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile**”.

Motivul reglementării acestei cerințe de excludere se regăsește în cadrul considerentului 101 para. (2) și (3) al Directivei 2014/24/UE „Ținând seama de faptul că autoritatea contractantă va fi responsabilă pentru consecințele eventualei sale decizii eronate, autoritățile contractante ar trebui, de asemenea, să dispună în continuare de libertatea de a considera că a existat o abatere profesională gravă, în cazul în care, înainte de luarea unei decizii finale și obligatorii privind prezența motivelor obligatorii de excludere, pot demonstra, prin orice mijloace adecvate, că operatorul economic a încălcat obligațiile care îi revin, inclusiv obligațiile legate de plata impozitelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale, cu excepția unor dispoziții contrare dreptului intern. **Acestea ar trebui, de asemenea, să fie în măsură să excludă candidați sau ofertanți a căror performanță în alte contracte de achiziții publice din trecut a arătat deficiențe majore în ceea ce privește cerințele de fond, de exemplu, nerespectarea obligației de a furniza sau de a executa, deficiențe semnificative ale produsului sau ale serviciului furnizat, ceea ce le face inutilizabile pentru scopul propus, sau un comportament necorespunzător care aruncă îndoieli**

serioase cu privire la fiabilitatea operatorului economic. Legislația națională ar trebui să prevadă o durată maximă pentru aceste excluderi.

Atunci când aplică motive facultative pentru excludere, **autoritățile contractante ar trebui să fie atente în mod special la principiul proporționalității. Neregulile minore ar trebui să ducă la excluderea unui operator economic doar în circumstanțe excepționale.** Cu toate acestea, cazurile repetate de nereguli minore pot arunca asupra fiabilității unui operator economic un dubiu care ar putea justifica excluderea lui."

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

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

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

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

-art. 57 alin. 4 lit. c) și alin. (5) din Directiva 2014/24/UE privind achizițiile publice, care stipulează:

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

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

(5) în orice moment în cursul procedurii, autoritățile contractante pot să excludă sau statele membre le pot solicita să excludă un operator economic în cazul în care se constată că operatorul economic se află, având în vedere faptele comise sau omise, f/e înainte, fie în cursul procedurii, în una dintre situațiile menționate la alineatul (4).”

Față de cele de mai sus, Consiliul apreciază că, pentru a uza de dreptul conferit de norma legală mai sus reiterată respectiv de a exclude un ofertant din cadrul procedurii, autoritatea contractantă trebuie să verifice dacă sunt îndeplinite următoarele condiții cumulative:

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

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

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

Verificând DUAЕ completat, s-a constatat că(pag. 177-179 din dosarul achiziției depus de autoritatea contractantă) a declarat că nu se află în motivul de excludere prevăzut de art. 167 din Legea nr. 98/2016, referitoare la abaterile profesionale.

Verificând evidențele publice disponibile pe portalul www.licitatie.ro, secțiunea „Documente constatatoare”, cu aplicarea opțiunii privind căutarea situațiilor în care „există prejudicii sau pagube”, au fost găsite 2 asemenea documente constatatoare, a căror existență nu a fost prezentată de către în DUAЕ.

Ofertantul avea obligația de a declara în DUAЕ toate situațiile, inclusiv a celor juridice, existente la momentul completării. Astfel, ofertantul avea obligația să releve autorității contractante faptul că există un număr de 2 documente constatatoare publicate în SEAP, prin care diferite autorități contractante au considerat că a comis o abatere profesională prin modul în care și-a executat obligațiile asumate prin contracte de achiziție publică. În opinia autorității contractante, dacă ofertantul considera că nu se află în situație de excludere, deoarece faptele sale nu ar constitui abateri profesionale, avea obligația să prezinte în DUAЕ existența documentelor constatatoare, pentru ca autoritatea să fie în măsură să activeze mecanismul prevăzut de art. 171 privind solicitarea demonstrării credibilității operatorului economic prin raportare la faptele imputate.

Raportat la această situație, consideră că sunt incidente prevederile art. 169 din Legea nr. 98/2016. Astfel, se constată că ofertantul se află în situațiile de excludere prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016, deoarece nu a declarat autorității contractante faptul că în derularea unor contracte de achiziție publică în care a avut calitatea de furnizor, autoritățile contractante au emis documente constatatoare negative pentru modul în care și-a onorat obligațiile contractuale. De asemenea, din conținutul documentelor constatatoare negative rezultă că ofertantul a refuzat încheierea unor contracte subsecvente.

Potrivit art. 137 alin. (1) lit. b) din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, oferta este considerată inacceptabilă dacă „a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAЕ în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă.”

Consiliul reține că ofertanta contestatoare nu neagă existența documentelor constatatoare negative, însă consideră că autoritatea contractantă trebuia să îi solicite clarificări.

În cadrul contestației contestatoarea minimizează importanța lor considerând că i-a fost reținută garanția în valoare de 275,79 lei de către iar valoare prejudiciului de 2399,92 lei calculată de este una redusă și că nu se încadrează în situațiile de excludere având în vedere că deține un număr de 150 de documente constatatoare „pozitive”.

Consiliul consideră că autoritatea contractantă are o marjă de apreciere largă în ceea ce privește selectarea operatorilor economici. Astfel, contrar susținerilor contestatoarei, că în ceea ce privește incidența motivelor de excludere prevăzute la art. 167 din Legea nr. 98/2016, în practica judiciară s-a cristalizat opinia conform căreia un operator economic aflat în situațiile prevăzute la articolul respectiv poate să fie/să nu fie exclus din procedura de atribuire în măsura în care furnizează dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea, aceste dovezi referindu-se, printre altele, 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. În acest sens, se apreciază că autoritatea contractantă care va organiza procedura de atribuire, la care operatorul economic în discuție dorește să participe, **este singura în măsură să analizeze situația concretă, în baza documentelor depuse și a clarificărilor solicitate, dacă este cazul, și să decidă în consecință.**

Consiliul reține că autoritatea contractantă a verificat incidența motivului de excludere în baza documentelor constatatoare, reținând faptul că abaterile profesionale sunt unele repetate, că de la momentul săvârșirii nu au trecut 3 ani, că aceste încălcări au condus la nesemnarea contractului și că documentele nu au fost declarate în DUAЕ. Astfel, nu prezintă niciun fel de relevanță dacă în documentul constatare emis de și sunt stabilite prejudicii minore (așa cum susține contestatorul), abaterile reținute în sarcina contestatoarei fiind grave și în opinia Consiliului.

Potrivit dispozițiilor legale incidente, **autoritatea contractantă dispune de un drept de apreciere în ceea ce privește excluderea din procedură, în cazul incidenței situațiile prevăzute la art. 164, 167 (și în lipsa unei hotărâri definitive de stabilire a interdicției de participare la procedură), autoritatea contractantă fiind singura responsabilă pentru modul de atribuire a contractului, în aplicarea principiului asumării răspunderii. Dispozițiile enunțate stabilesc dreptul de apreciere al autorității contractante în ceea**

ce privește măsura excluderii, în situația concretă din fiecare speță, și, atâta timp cât acest drept de apreciere se exercită în limitele impuse de lege și cu respectarea principiilor de atribuire a contractelor de achiziții, nu poate fi apreciat ca abuziv.

În acest sens, Consiliul reține relevanța în cauză și a practicii **CJUE C-41/18 Meca Srl**, unde Curtea decide că articolul 57 alineatul (4) literele (c) și (g) din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE trebuie interpretat în sensul că se opune unei reglementări naționale în temeiul căreia introducerea unei acțiuni în justiție împotriva deciziei de reziliere a unui contract de achiziții publice luate de o autoritate contractantă ca urmare a unor deficiențe semnificative survenite în timpul executării sale împiedică autoritatea contractantă care lansează o nouă cerere de ofertă să facă vreo apreciere, în faza de selecție a ofertanților, cu privire la fiabilitatea operatorului vizat de această reziliere.

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

38. Astfel, puterea de apreciere pe care articolul 57 alineatul (4) din Directiva 2014/24 o conferă autorității contractante este paralizată prin simplul fapt al introducerii de către un candidat sau un ofertant a unei acțiuni îndreptate împotriva rezilierii unui contract anterior de achiziții publice al cărui semnatar era, chiar dacă comportamentul său a părut suficient de deficient pentru a justifica această reziliere.

40. Astfel, această directivă inovează în special prin consacrarea, la articolul 57 alineatul (6), a mecanismului măsurilor corective (self-cleaning). Acest sistem, care se aplică operatorilor economici care nu au fost excluși printr-o hotărâre definitivă, urmărește să încurajeze un operator economic care se află într-una din situațiile menționate la articolul 57 alineatul (4) din directiva respectivă, să furnizeze dovezi pentru a atesta că măsurile luate sunt suficiente pentru a dovedi fiabilitatea sa, în ciuda existenței unei cauze de excludere facultative pertinente. Dacă aceste dovezi sunt considerate suficiente, operatorul economic în cauză nu trebuie să fie exclus din procedura de achiziții. În acest scop, operatorul economic trebuie să dovedească că a plătit sau s-a angajat să plătească o compensație în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate prin infracțiune sau prin abatere, că a clarificat complet faptele și împrejurările, cooperând activ cu autoritățile însărcinate cu investigația, și că a luat măsuri concrete la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, adecvate pentru a preveni orice noi infracțiuni sau abateri".

Astfel, din conținutul contestației, nu rezultă că operatoarea respectivă a înțeles motivele pentru care au fost emise actele constatatoare, luând măsuri ca acestea să nu se mai producă. Dimpotrivă, apărările sale sunt în sensul că prejudiciu cuantificat este

minor, că nu există abateri grave sau că le-a acoperit prin plata prejudiciului și reținerea garanției de participare.

Așa cum rezultă din prevederile legale citate mai sus, autoritatea contractantă are un drept de apreciere asupra situației de fapt, or aceasta și a motivat pertinent și concludent decizia de respingere a ofertei, răspunsurile date de operator nefiind în măsură să dovedească credibilitatea.

Consiliul mai reține relevanța în speță și a cauzei CJUE C-267/18 Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA, unde Curtea a reținut că **„legiuitorul Uniunii a intenționat să încredințeze autorității competente și doar acesteia, în faza de selecție a ofertanților, sarcina de a aprecia dacă un candidat sau un ofertant trebuie să fie exclus de la o procedură de achiziție publică. Această posibilitate de care dispune o autoritate contractantă este menită să îi permită să aprecieze integritatea și fiabilitatea ofertantului.** Pentru ca o neregulă să justifice rezilierea unui contract, aceasta trebuie, potrivit principiului proporționalității, să fie suficient de gravă. O autoritate contractantă nu poate deduce în mod automat, din decizia unei alte autorități contractante de a rezilia un contract de achiziții publice anterior, că un operator este răspunzător pentru deficiențe semnificative sau persistente în îndeplinirea unei cerințe de fond ce îi revenea în cadrul contractului. Îi revine autorității contractante sarcina de a efectua propria evaluare a comportamentului operatorului economic vizat de rezilierea unui contract de achiziții publice anterior. În această privință, ea trebuie să examineze, în mod diligent și imparțial, pe baza tuturor elementelor relevante și având în vedere principiul proporționalității, dacă operatorul este răspunzător pentru deficiențe semnificative sau persistente de care a dat dovadă la îndeplinirea unei cerințe de fond care îi revenea în cadrul contractului menționat, deficiențele respective fiind susceptibile să provoace ruperea legăturii de încredere cu operatorul economic în cauză”.

Cum în cauză, autoritatea a verificat diligent toate informațiile furnizate de contestatoare, Consiliul reține că aceasta și-a exercitat dreptul de apreciere corect, în limitele legii, prin urmare, criticile referitoare la respingerea ofertei asocierii vor fi respinse.

Chiar dacă pentru 2 dintre documentele nu există vătămări grave, prin nedeclararea lor în cadrul DUAЕ, contestatorul demonstrează că acesta nu a înțeles gravitatea comportamentului său, considerând că reținerea garanției de participare și plata prejudiciului îl absolvă de orice răspundere.

Ori, desfășurarea unei proceduri de atribuire trebuie să conducă la semnarea contractului, operatorii asumându-și acest risc atunci când participă. Nu există nicio prevedere legală din care să rezulte că sancționarea specific a unui operator îl absolve de aplicarea prevederilor art. 164 și 167 din Legea nr. 98/2016. Mai mult decât atât, operatorul nu a fost sincer în declarațiile sale, simpla nementiune a celor 2 certificate reprezentând motiv de excludere a ofertantului.

Consiliul reține, în acest sens, și Decizia nr. 525/2019 a Curții de Apel București, în care se oferă următoarele argumente:

„Acest text de lege (notă: art. 171 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016) nuanțează clauza de excludere prev. la art. 167 alin. (1) lit. g, dar nu sunt aplicabile în cauză, deoarece, așa cum în mod corect a susținut petenta, înainte de analizarea proporționalității măsurii de excludere dintr-o procedură de achiziții publice a unui ofertant, (...) **trebuie analizată credibilitatea acestuia, ori în cauză, intimata nu a declarat cu ocazia completării DUAЕ că deține un astfel de document emis împotriva sa, deși întrebările din acest formular sunt fără echivoc.** (...)

Dacă ar fi completat câmpul corespunzător răspunsului DA, DUAЕ ar fi generat alt câmp în care ofertantul ar fi putut oferi explicații pertinente autorității contractante, astfel încât aceasta, în temeiul art. 171 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016 (care permite operatorilor ca și în cazul existenței motivelor de excludere să ofere dovezi care să arate că măsurile luate de aceștia sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere) să facă propriul examen al incidenței cazului de excludere. S nu a procedat în acest mod, ci a bifat câmpul corespunzător răspunsului NU, motiv pentru care autoritatea nu a avut posibilitatea să afle despre existența rezilierii anterioare, care în cauză este dovedită prin existența certificatului constatator.(...)

În aceste circumstanțe, autoritatea contractantă nu poate face analiza proporționalității și decide dacă se impune aplicarea prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 atâta vreme cât nu a cunoscut această împrejurare(...)

Pe de altă parte, Curtea constată că intimata S se află și în motivul de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, care se referă la împrejurarea că 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, prin nedeclararea la momentul completării DUAЕ a documentului constatator negativ(...)."

Prin urmare, Consiliul reține că refuzul de a semna contractele subsecvente se încadrează în prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, operatorul economic și-a încălcat în mod grav obligațiile principale ce-i reveneau în urma participării la o procedură, nesemnarea contractului neputând fi interpretată ca un act în favoarea sa, respingerea ofertei fiind justificată. Această situație face dovada lipsei de seriozitate a ofertantului, acesta asumându-și angajamente pe care nu le poate onora.

Față de cele constatate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de, în contradictoriu cu

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația formulată de, în contradictoriu cu

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

Redactat în 4 (patru) exemplare originale, conține 21 (douăzecișiuna) pagini.