C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...../...../.....
Data: .....

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., înaintată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., județul ....., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI ....., reprezentată legal prin ..... - Director general, formulată împotriva rezultatului procedurii aferent lotului 1, ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 197616/18.12....., emis de ..... SA, cu sediul în ....., ..., ..., în procedura simplificată, organizată pentru încheierea acordului-cadru având ca obiect „.....”, cu anunț de participare simplificat nr. ....., publicat în SEAP la ....., s-a solicitat Consiliului:

-„anularea adresei nr. 197616/18.12..... - Comunicare ..... procedură, prin care entitatea contractantă ne-a comunicat că oferta noastră a fost respinsă ca inacceptabilă;

- anularea raportului procedurii de atribuire aferent lotului 1 pentru care societatea noastră a depus ofertă;

- continuarea procedurii de atribuire aferente lotului 1 și evaluarea ofertei depuse de către societatea noastră în conformitate cu prevederile documentelor achiziției și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice”.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Prin contestaţia nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., ... SRL atacă rezultatul procedurii aferent lotului 1, ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 197616/18.12....., emis de ..... SA, în calitate de entitate contractantă în procedura mai sus arătată, considerând nelegală decizia

acesteia de a-i declara inacceptabilă oferta pentru acest lot în temeiul dispozițiilor art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016, deoarece „a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu cerințele stabilite de entitatea contractantă”, respectiv se află în situația de excludere prevăzută la art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016.

Referitor la neîncadrarea în motivul de excludere prevăzut la art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, deși cu trimitere la alt temei legal, dar care în fond se referă la aceeași situație, contestatoarea arată că a menționat în mod expres în DUAE următoarele: În legătură cu situațiile prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 referitoare la îndeplinirea obligațiilor contractuale, precizăm faptul că societatea noastră s-a aflat în situația de a nu semna un contract de achiziție publică cu autoritatea contractantă - .... - având ca obiect furnizarea de detectoare de joncțiune neliniar, deoarece distribuitorul nostru ne-a informat la momentul depunerii ofertei că produsele ofertate dispun de ecran tactil (...) Totodată, precizăm că autoritatea contractantă a emis Documentul constatator nr. 1848356/20.11....., în cuprinsul căruia se menționează că avându-se în vedere că societatea noastră se află în „imposibilitatea de a semna contractul de achiziție publică (...) s-a emis prezentul document constatator", fără a se menționa existenta prejudiciilor/daunelor-interese și fără a solicita societății noastre plata unor astfel de prejudicii/daune-interese (...).

Or, fără a lua în considerare dispozițiile legale incidente în speță, respectiv dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. g) şi ale art. 184 alin. (1) - (3) din Legea nr. 99/2016, contestatoarea apreciază că entitatea contractantă în mod nelegal i-a respins oferta ca fiind inacceptabilă pentru încadrarea în prevederile art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016.

Pentru a fi exclus dintr-o procedură de atribuire în temeiul dispozițiilor art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, operatorul economic trebuie:

-fie să-şi fi încălcat în mod grav obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune, încheiat anterior;

-fie să-şi fi încălcat în mod 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, încheiat anterior;

şi, în același timp, respectivele încălcări să fi condus:

-fie la încetarea anticipată a respectivului contract,

-fie la plata de daune-interese,

-fie la alte sancțiuni comparabile cu una dintre cele două sus-menționate.

Mai mult, precizează contestatoarea, potrivit dispozițiilor art. 161 alin. (8) din HG nr. 394/2016, *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. 180 alin. (1) lit. g) din Lege*.

Astfel, se constată că, deși avea obligația legală stabilită în sarcina sa, comisia de evaluare nu a analizat dacă sunt îndeplinite condițiile cumulative

prevăzute la art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, fiind ignorate, în același timp, explicațiile prezentate în cuprinsul DUAE cu privire la inexistența motivului de excludere bazat pe dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016.

Pe de altă parte, contestatoarea susține că entitatea contractantă nu a avut acces la conținutul documentului constatator cu privire la cele menționate în DUAE (respectiv Documentul constatator nr. 1848356/20.11....., eliberat de ....).

Din conținutul acestui document, rezultă că nu sunt îndeplinite cele 2 (două) condiții cumulative prevăzute la art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, respectiv (1) contestatoarea nu și-a încălcat în mod grav obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune, încheiat anterior, sau nu și-a încălcat în mod 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, încheiat anterior, iar (2) aceste încălcări să fi condus, în același timp, la încetarea anticipată a respectivului contract sau la plata de daune-interese sau la alte sancțiuni comparabile.

În opinia contestatoarei, aprecierea entității contractante cu privire la aplicarea dispozițiilor art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016 nu trebuie interpretată ca fiind echivalentă cu un drept discreționar, ce poate fi exercitat în orice condiții sau că existența unui document constatator conduce, de drept, la respingerea unui ofertant.

Reiterând faptul că în cuprinsul Documentului constatator nr. 1848356/20.11..... nu există informații cu privire la existența vreunui prejudiciu, contestatoarea arată că, și în cazul în care s-ar pune în discuție existența vreunui prejudiciu, este necesar ca acest prejudiciu să fie grav. Cu titlu de exemplu, contestatoarea invocă Decizia nr. 1852/CA/2016-R din .....09.2016, emisă în dosarul nr. 507/35/CA/2016 și Decizia nr. 2598/CA/2016-R, emisă în dosarul nr. 545/35/CA/2016 de către Curtea de Apel Oradea - Secția a II-a Contencios, Administrativ și Fiscal.

În consecință, nefiind demonstrată de către entitatea contractantă îndeplinirea condițiilor cumulative la care face referire art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, contestatoarea apreciază că oferta sa nu putea fi exclusă din procedura de atribuire.

Totodată, contestatoarea precizează că dispozițiile art. 184 din Legea nr. 99/2016 reglementează cazul în care un operator economic, aflat în situațiile de excludere prevăzute la art. 180 din același act normativ, poate să nu fie exclus din procedura de atribuire în măsura în care poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-şi demonstra în concret credibilitatea.

Or, în cuprinsul DUAE, contestatoarea arată că a prezentat suficiente dovezi prin care şi-a demonstrat în mod concret credibilitatea.

În continuare, contestatoarea pune în discuția Consiliului aplicabilitatea dispozițiilor art. 150 alin. (1) din HG nr. 394/2016, conform cărora *fără a afecta prevederile art. 149 alin. (2), refuzul nemotivat al ofertantului declarat câștigător de a semna contractul sectorial/acordul-cadru este asimilabil situației prevăzute la art. 180 alin. (1) lit. g) din Lege*.

Contestatoarea arată că un act normativ se inițiază, se elaborează, se adoptă şi se aplică în conformitate cu prevederile Constituției României, cu dispozițiile Legii nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, cu modificările și completările ulterioare, precum şi cu principiile ordinii de drept.

Astfel, potrivit dispozițiilor art. 4 din Legea nr. 24/2000, actele normative se elaborează în funcție de ierarhia lor, de categoria acestora şi de autoritatea publică competentă să le adopte. Categoria de acte normative şi normele de competență privind adoptarea acestora sunt stabilite prin Constituția României şi prin celelalte legi: legi, ordonanțe simple și de urgență, regulamente, hotărâri și decrete etc., iar ierarhia actelor normative se stabilește în funcție de importanța relațiilor sociale reglementate (conținutul normativ) și în funcție de locul autorității emitente în rândul autorităților publice.

Articolul 4 alin. (3) din Legea nr. 24/2000 prevede că actele normative date în executarea legilor, ordonanțelor sau a hotărârilor Guvernului se emit în limitele şi potrivit normelor care le ordonă.

Astfel, HG nr. 394/2016, prin care se aprobă normele metodologice de aplicare a Legii nr. 99/2016, este un act normativ cu forță juridică inferioară, dat în executarea Legii nr. 99/2016 și, prin urmare, poate să adauge la textul Legii nr. 99/2019 doar în măsura în care există o prevedere expresă în acest sens.

Or, în speță, dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016 menționează în mod expres că entitatea contractantă are obligația de a exclude din procedura de atribuire a contractului sectorial orice operator economic care *și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract sectorial 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*, fără ca în cuprinsul acestei dispoziții legale să existe situația în care un operator economic refuză în mod nemotivat încheierea contractului/acordului-cadru de achiziție publică.

Astfel, prin raportare la dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, în opinia contestatoarei, dispozițiile art. 150 alin. (1) din HG nr. 394/2016, potrivit cărora *fără a afecta prevederile art. 149 alin. (2), refuzul nemotivat al ofertantului declarat câștigător de a semna contractul sectorial/acordul-cadru este asimilabil situației prevăzute la art. 180 alin. (1) lit. g) din Lege*, adaugă la textul de lege, fără să existe o prevedere legală şi expresă în acest sens.

Prin urmare, contestatoarea pune în discuția Consiliului de a aprecia dacă în speță pot fi invocate dispozițiile art. 150 alin. (1) din HG nr. 394/2016.

Pentru considerentele expuse anterior, contestatoarea solicită admiterea cererii așa cum a fost formulată, invocând, în drept, dispozițiile Legii nr. 99/2016, ale HG nr. 394/2016, ale Legii nr. 101/2016 și altor acte normative incidente în materie.

Prin adresa nr. 209002/03.01.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 1/03.01.2019, entitatea contractantă a transmis Consiliului punctul de

vedere la contestație, prin care solicită respingerea acesteia ca tardivă, nefondată și neîntemeiată.

În susținerea excepției de tardivitate, entitatea contractantă arată că ultima zi în care comunicarea privind rezultatul procedurii nr. 197616/ 18.12..... putea fi atacată a fost ..... și nu ....., dată la care contestația a fost înregistrată atât la Consiliu, cât și la sediul său, fiind transmisă prin poșta electronică la ..... ora 15:53.

Pe fondul cauzei, entitatea contractantă precizează că motivul respingerii ofertei contestatoarei a fost necompletarea documentului DUAE potrivit cerințelor stabilite, în temeiul dispozițiilor art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016, deoarece ..... SRL a consemnat Nu la întrebarea Ați luat măsuri pentru a demonstra fiabilitatea dumneavoastră, de la capitolul Încetare anticipată, daune interese sau alte sancțiuni comparabile, încadrându-se singur la motivul de excludere precizat.

Entitatea contractantă precizează că nu i-au fost solicitate contestatoarei clarificări, întrucât ar fi fost încălcate principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, dar și dispozițiile art. 221 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

Pe de altă parte, referindu-se la solicitarea contestatoarei adresată autorității contractante - .... de a-i reanaliza oferta întrucât a concluzionat că produsul său nu conține ecran tactil, entitatea contractantă apreciază că această solicitare nu este justificată în acest caz deoarece „reanalizarea ofertei” ar fi reprezentat de fapt modificarea propunerii tehnice.

Privitor la afirmația potrivit căreia nu a solicitat autorității contractante - .... restituirea garanției de participare este, în opinia entității contractante, de asemenea nejustificată deoarece garanția de participare are tocmai rolul de a proteja autoritatea contractantă față de riscul unui comportament necorespunzător al ofertantului pe toată perioada implicării sale în procedura de atribuire și este asimilabilă cu aplicarea unei sancțiuni pentru societate.

Or, potrivit dispozițiilor art. 43 alin. (1) lit. c) din HG nr. 394/2016, *entitatea contractantă are obligația de a reține garanția de participare atunci când ofertantul se află în oricare dintre următoarele situații (...) lit. c): „oferta sa fiind stabilită câștigătoare, refuză să semneze contractul sectorial/acordul-cadru în perioada de valabilitate a ofertei*”.

Astfel, ofertantul nu avea la dispoziție opțiunea de a solicita restituirea garanției de participare deoarece autoritatea contractantă avea obligația reținerii acesteia.

Mai mult, apreciază entitatea contractantă, invocarea documentului constatator nr. 1848356/20.11....., emis de ...., în care nu se menționează existența prejudiciilor/ daunelor-interese, nu este de natură să justifice buna-credință a contestatoarei, deoarece constatarea prejudiciilor, însoțită de eventuala solicitare de daune-interese, se raportează la prevederile clauzelor contractuale și este la latitudinea autorității contractante respective.

Privitor la obligația legală a comisiei de evaluare de a analiza dacă sunt îndeplinite condițiile cumulative pentru excluderea unui operator economic dintr-o procedură de atribuire, entitatea contractantă arată că decizia de excludere a ofertei depuse de ..... SRL pentru lotul 1 a fost

luată în conformitate cu prevederile art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016 coroborate cu cele ale art. 150 alin. (1) din HG nr. 394/2016, neexistând astfel nicio obligație legală în acest sens pentru comisia de evaluare.

Cazul prevăzut de HG nr. 394/2016 la art. 150 alin. (1) este asimilabil situației prevăzute la art. 180 alin. (1) lit. g) și nu identic. Nu poate fi vorba de o identitate în privința îndeplinirii condițiilor, deoarece art. 180 face referire la contracte semnate și neîndeplinite, iar art. 150 face referire la refuzul semnării unui contract.

În privința existentei unor prejudicii, entitatea contractantă consideră că obligația legală de a reține garanția de participare în astfel de situații se încadrează la *alte sancțiuni comparabile* prevăzute la art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, fiind o măsură penalizatoare pentru ofertanții care nu semnează acordul-cadru/contractul de achiziție publică.

În ceea ce privește susținerile contestatoarei referitoare la prezentarea dovezilor prin care societatea ..... SRL și-a demonstrat în mod concret credibilitatea, entitatea contractantă menționează că, în DUAE, la punctul la care se solicită societății să prezinte măsuri pentru demonstrarea fiabilității (autocorectare), contestatoarea a bifat varianta NU.

În replică, prin adresa nr. 102/07.01....., înregistrată la CNSC sub nr. 474/07.01....., ... SRL a transmis Consiliului răspuns la punctul de vedere înaintat de entitatea contractantă, prin care solicită respingerea excepției tardivității ca fiind neîntemeiată și admiterea contestației așa cum a fost formulată.

Referitor la excepția de tardivitate invocată de entitatea contractantă, ... SRL precizează că a depus contestația în termenul legal, cu respectarea dispozițiilor art. 8 alin. (1) lit. b), art. 3 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, precum și ale art. 3 alin. (2) lit. a), b) și d) din Legea nr. 99/2016.

Astfel, arată contestatoarea, entitatea contractantă a trimis adresa nr. 197616 - comunicare ..... procedură - în data de 18.12....., iar contestația a fost depusă în data de .....

Termenul de 5 zile prevăzut la art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016 se împlinea în data de 23.12..... (duminică), însă având în vedere că textul de lege citat mai sus (art. 3 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 99/.....) stipulează în mod expres că dacă ultima zi a unui termen exprimat în zile este o zi de sărbătoare legală (..... a fost declarată zi liberă conform HG nr. 983/..... privind stabilirea zilelor de 24 şi 31 decembrie ..... ca zile libere, iar 25 şi 26 decembrie sunt declarate zile libere conform Codului Muncii), duminica sau sâmbătă, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare, respectiv la data de .....

Prin urmare, susține contestatoarea, rezultă fără echivoc că, prin depunerea contestației în data de ....., a respectat în totalitate termenul legal de 5 zile prevăzut de legislația în domeniul achizițiilor publice.

În continuare, contestatoarea reiterează aspectele precizate în contestație referitoare la analiza defectuoasă realizată de entitatea contractantă asupra condițiilor de excludere a sa din procedura în discuție.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

În vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „.....”, ... SA (în calitate de entitate contractantă) a inițiat procedura simplificată, prin publicarea în SEAP, la ....., a anunțului de participare simplificat nr. ..... și a documentației de atribuire aferente.

Împotriva rezultatului procedurii aferent lotului 1, ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 197616/18.12....., ... SRL a înaintat Consiliului contestația de față (îndeplinind și procedura stabilită la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, în sensul depunerii unei cauțiuni, conform celor din Recipisa de consemnare nr. 205136942/1 din data de ....., emisă de CEC Bank – Unitatea nr. 1 Slatina, în valoare de 457,00 lei), prin care solicită anularea actului atacat și obligarea entității contractante la reluarea procedurii, prin reevaluarea ofertei sale.

Analizând cu prioritate excepția tardivității formulării contestației, invocată de entitatea contractantă prin punctul de vedere, Consiliul o va respinge, ca neîntemeiată. În aprecierea acestei finalități, Consiliul are în vedere următoarele:

- data transmiterii contestației la Consiliu a fost ....., orele 15:54;

- data transmiterii contestației la entitatea contractantă a fost ....., orele 15:53;

- actul contestat: adresa nr. 197616/18.12.....;

Prin urmare, Consiliul constată că ..... SRL a transmis contestația prin e-mail, atât către CNSC cât și către entitatea contractantă, în data de ....., ultima zi a termenului de 5 zile împlinindu-se la sfârșitul zilei de ....., termen calculat potrivit dispozițiilor art. 5 din Legea nr. 101/2016: „(1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorităţii contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorităţii contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum şi pentru recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: b) 5 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă despre actul autorităţii contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziţie publică/sectorial sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunţurilor de participare, potrivit legislaţiei privind achiziţiile publice, legislaţiei privind achiziţiile sectoriale sau legislaţiei privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii” , coroborat cu cele ale art. 16 alin. (5) din același act normativ: „toate notificările și actele procedurale se transmit prin poștă, fax și/sau mijloace electronice, cu confirmare de primire”, precum și cu cele ale art. 181 alin. (2) din Noul Cod de procedură civilă: „când ultima zi a unui termen cade într-o zi nelucrătoare, termenul se prelungește până în prima zi lucrătoare care urmează”.

Cu luarea în considerare a celor mai sus expuse, Consiliul determină că, contestația a fost formulată în termenul legal de 5 zile, fiind transmisă entității contractante și Consiliului, la data de ....., prin e-mail,. Totodată, Consiliul constată lipsită de relevanță data primirii și înregistrării la destinatar.

Analizând prezenta cauză, Consiliul reține că, potrivit adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 197616/18.12....., oferta contestatoarei a fost respinsă ca inacceptabilă, în baza art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016, respectiv se află în situația de excludere prevăzută la art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016 coroborat cu art. 150 alin. (1) din HG nr. 394/2016, iar procedura a fost anulată la lotul contestat, potrivit art. 225 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016.

Potrivit fișei de date a achiziției, s-a solicitat: „Ofertanții, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 73, 177, 178, 180 din Legea nr. 99/2016. Se va completa DUAE de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire (inclusiv pentru asociat/terț susținător) cu informațiile aferente situației lor ...", iar în cadrul DUAE, la cap. Încetare anticipată, daune interese sau alte sancțiuni comparabile), contestatoarea a menționat următoarele: „În legătură cu situațiile prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 referitoare la îndeplinirea obligațiilor contractuale, precizăm faptul că societatea noastră s-a aflat în situația de a nu semna un contract de achiziție publică cu autoritatea contractantă - .... - având ca obiect furnizarea de detectoare de joncțiune neliniar, deoarece distribuitorul nostru ne-a informat la momentul depunerii ofertei că produsele ofertate dispun de ecran tactil. Ulterior depunerii ofertei, în urma unor investigații suplimentare, societatea noastră a constatat că produsul ofertat nu conține ecran tactil și, fiind de bună credință, a informat autoritatea contractantă prin Adresa nr. 3115/05.11....., înainte de semnarea contractului de achiziție publică, despre acest fapt, în ideea de a da posibilitatea autorității contractante de a reanaliza oferta depusă de către societatea noastră în cadrul procedurii de atribuire. Totodată, precizăm că autoritatea contractantă a emis Documentul constatator nr. 1848356/ 20.11....., în cuprinsul căruia se menționează că avându-se în vedere că societatea noastră se află în „imposibilitatea de a semna contractul de achiziție publică (...) s-a emis prezentul document constatator", fără a se menționa existența prejudiciilor/daunelor-interese și fără a solicita societății noastre plata unor astfel de prejudicii/daune-interese. În spiritul bunei credințe, societatea noastră nu a contestat acest document constatator și, mai mult decât atât, nu a solicitat autorității contractante restituirea garanției de participare. Prin urmare, apreciem că în situația dată nu sunt îndeplinite condițiile cumulative prevăzute la art. art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, respectiv societatea noastră nu se află în situația în care să-și fi încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziție publică și nu suntem în situația în care aceste încălcări să ducă la încetarea anticipată a contractului de achiziție publică, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile. Totodată, precizăm că nici în cadrul angajamentelor încheiate cu autoritățile contractante societatea noastră nu s-a aflat în situația în care să-și fi încălcat obligațiile asumate și care să fi dus la încetarea anticipată a angajamentelor asumate, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile. Mai mult decât atât, transmiterea unei adrese prin care aducem la cunoștința autorității contractante că produsul nostru nu dispune de ecran tactil înainte de încheierea contractului

de achiziție publică, necontestarea documentului constatator și intenția noastră de a nu solicita restituirea garanției de participare, reprezintă dovezi care atestă faptul că societatea noastră a întreprins măsuri suficiente pentru a-şi demonstra în concret credibilitatea în raporturile juridice în care este parte, conform art. 171 din Legea nr. 98/2016, şi nu există motive şi argumente pentru a ne exclude din procedura de atribuire”.

Pentru soluționarea cauzei, Consiliul consideră relevante următoarele prevederi ale Legii nr. 99/2016:

- art. 180 alin. (1) lit. g): „**(1)** Entitatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situaţii: **g)** operatorul economic şi-a încălcat în mod grav sau repetat obligaţiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziţii publice, al unui contract sectorial 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 sancţiuni comparabile”, precum și pe cele ale alin. (6): „**(6)** În sensul dispoziţiilor alin. (1) lit. g), se consideră încălcări grave ale obligaţiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea obligaţiilor privind livrarea produselor sau serviciilor, ori neexecutarea lucrărilor, livrarea unor produse sau servicii care prezintă neconformităţi majore care le fac improprii utilizării conform destinaţiei avute în vedere de entitatea contractantă, ori executarea unor lucrări care nu respectă cerinţele caietului de sarcini, sau un comportament necorespunzător care creează îndoieli serioase cu privire la credibilitatea operatorului economic”;

- art. 184: „**(1)** Orice operator economic aflat în oricare dintre situaţiile prevăzute la art. 177, 178 şi 180 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-şi demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere. **(2)** În cazul în care entitatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilităţii, entitatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire. **(3)** Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situaţiile prevăzute la art. 177, 178 şi 180 le poate furniza entităţii contractante, în sensul prevederilor alin. (1), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plăţii sau la asumarea de către operatorul economic a obligaţiei de plată a despăgubirilor în ceea ce priveşte eventualele prejudicii cauzate printr-o infracţiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor şi împrejurărilor în care a fost comisă infracţiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autorităţile care efectuează investigaţia, şi la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete şi adecvate la nivel tehnic, organizaţional şi în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele şi organizaţiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control şi raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispoziţiilor legale şi a altor

norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea şi plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârşirea unor noi infracţiuni sau alte fapte ilicite. **(4)** În cazul în care operatorului economic i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanţe de judecată măsura interdicţiei de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziţie/acord-cadru sau a unui contract de concesiune, care produce efecte în România, prevederile alin. (1) - (3) nu sunt aplicabile pe toată perioada de excludere stabilită prin respectiva hotărâre. **(5)** În cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanţe de judecată măsura interdicţiei de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziţie/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situaţiile de excludere prevăzute la art. 177 şi 180 nu sunt aplicabile:

a) dacă, în cazul faptelor prevăzute la art. 177, a trecut o perioadă de 5 ani de la data rămânerii definitive a hotărârii de condamnare;

b) dacă, în cazul situaţiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 180 a trecut o perioadă de 3 ani de la data la care s-a produs situaţia, fapta sau evenimentul relevant";

- art. 161 alin. (1) lit. a): din HG nr. 394/2016, „**(1)** Entitatea contractantă are obligaţia de a emite documente constatatoare care conţin informaţii referitoare la îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea obligaţiilor contractuale de către contractant/contractant asociat şi, 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 sectorial/contract subsecvent şi, suplimentar, în termen de 14 zile de la data expirării perioadei de garanţie tehnică a produselor în cauză".

Prin urmare, în discuție este determinarea măsurii în care documentul constatator indicat de contestatoare în cuprinsul DUAE atestă faptul că ..... SRL și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale care-i reveneau în derularea contractului respectiv, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a acestuia, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Astfel, se constată că documentul constatator nr. 1848356/ 20.11..... a fost emis de Ministerul Afacerilor Interne – Direcția Generală de Protecție Internă, în cadrul procedurii de achiziție online: detectoare de joncțiuni neliniare pentru refuzul ofertantului câștigător de a semna contractul.

Prin urmare, în discuție, nu este nici încetarea anticipată a contractului și nici plata de daune interese ca urmare a unor eventuale prejudicii suferite de respectiva achizitoare, lipsind astfel de mențiuni.

În aceste condiții, Consiliul consideră că, în mod eronat, entitatea contractantă a respins oferta contestatoarei în baza dispozițiilor art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016.

În apreciarea acestei finalități, Consiliul are în vedere și dispozițiile exprese cu privire la respingerea unui ofertant pe baza unor documente constatatoare, astfel cum sunt aceste stabilite de legiuitor la art. 161 alin. (8) din HG nr. 394/2016: „(8) Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligaţia de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condiţiilor cumulative prevăzute la art. 180 alin. (1) lit. g) din Lege”.

Prin urmare, entitatea contractantă fiind obligată de legiuitor să verifice îndeplinirea cumulativă a celor 2 condiții impuse prin art. 180 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, nu avea nici un motiv să respingă oferta ..... SRL pentru existența acestui document, astfel cum în mod corect susține contestatoarea.

Din conținutul documentului constatator în discuție nu se poate trage concluzia că cele două condiții mai sus amintite sunt îndeplinite în cazul contestatoarei.

În contextul actualei legislații, simpla existență a documentelor constatatoare nu poate conduce la excluderea ofertantului, câtă vreme trebuie verificată îndeplinirea simultană a anumitor condiții prevăzute expres de textele legale citate.

Astfel, entitatea contractantă nu a demonstrat că acest ofertant şi-ar fi încălcat în mod grav sau repetat obligaţiile principale ce-i reveneau în cadrul contractului în discuție, și nici că aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a acestuia, plata de daune - interese sau alte sancţiuni comparabile, cu atât mai mult cu cât documentul constatator nu menționează existența vreunui prejudiciu, motiv pentru care susținerile autorității contractante din acest punct de vedere sunt respinse ca nefondate. De asemenea, aceasta nu a demonstrat nici că refuzul contestatoarei ar fi fost nemotivat pentru a face aplicarea dispozițiilor art. 150 alin. (1) din HG nr. 394/2016: „(1) Fără a afecta prevederile art. 149 alin. (2), refuzul nemotivat al ofertantului declarat câştigător de a semna contractul sectorial/acordul-cadru este asimilabil situaţiei prevăzute la art. 180 alin. (1) lit. g) din Lege”.

Cât privește motivul de respingere suplimentar, invocat de entitatea contractantă, în punctul de vedere formulat: „motivul respingerii ofertei contestatorului a fost necompletarea documentului DUAE conform cu cerințele stabilite de entitatea contractantă, conform art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016 deoarece ..... SRL a bifat la capitolul încetare anticipată, daune interese sau alte sancțiuni comparabile la întrebarea ați luat măsuri pentru a demonstra fiabilitatea dumneavoastră – nu, încadrându-se singur la motivul de excludere precizat”, acesta nu va face obiectul analizei Consiliului, fiind unul nou, care nu a fost decis de comisia de evaluare, nefiind opozabil contestatoarei.

Prin urmare, se constată că evaluarea făcută de entitatea contractantă este incompletă, fiind necesară clarificarea cu ..... SRL a aspectelor legate de refuzul semnării contractului, precum și solicitarea

depunerii de dovezi din partea emitentului documentului constatator, din care să rezulte cu certitudine refuzul motivat/nemotivat, plata de daune, sancțiuni etc. Doar după clarificarea și completarea acestor aspecte entitatea contractantă poate decide eventuala excludere a ofertei contestatoarei.

În aceste condiții, Consiliul constată necesitatea solicitării de clarificări cu privire la oferta contestatoarei, motiv pentru care, în conformitate cu prevederile art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, va admite contestația formulată de ..... SRL, în contradictoriu cu ..... SA și va anula decizia de respingere a ofertei contestatoarei, la lotul 1, consemnată în raportul procedurii de atribuire și în adresa de comunicare a rezultatului evaluării ei, dar și decizia anulării procedurii de atribuire, la lotul 1, dispusă de entitatea contractantă.

Va obliga entitatea contractantă să reevalueze oferta contestatoarei, cu solicitarea de clarificări, în termen de 15 zile, conform celor reținute în motivare.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge ca nefondată excepția tardivității contestației, invocată de entitatea contractantă.

Admite contestația formulată de ..... SRL, în contradictoriu cu ..... SA. Anulează decizia de respingere a ofertei contestatoarei, la lotul 1, consemnată în raportul procedurii de atribuire și în adresa de comunicare a rezultatului evaluării ei, dar și decizia anulării procedurii de atribuire, la lotul 1, dispusă de entitatea contractantă.

Obligă entitatea contractantă să reevalueze oferta contestatoarei, cu solicitarea de clarificări, în termen de 15 zile, conform celor reținute în motivare.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare, conform cu dispoziţiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

.... **.....** **....**

....