



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

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 7/03.04.2024, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 20788/04.04.2024, depusă de ..., cu sediul în ..., având codul unic de înregistrare ..., număr de înregistrare la ORC ..., reprezentată legal prin ..., împotriva rezultatului procedurii de licitație deschisă, online, organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect „*Materie primă pentru stiksuri*”, cod CPV 24322100, de către ..., cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, s-a solicitat:

-Anularea rezultatului procedurii consemnat în Adresa nr. 13.411/29 martie 2024 prin care oferta contestatorului a fost declarată inacceptabilă și exclusă în consecință, respectiv a actelor de evaluare care au stat la baza emiterii rezultatului procedurii cu privire la această ofertă;

-Anularea rezultatului procedurii și a actelor care au stat la baza emiterii acestuia în ceea ce privește stabilirea ofertei câștigătoare;

-Obligarea entității contractante la reevaluarea ofertelor conform considerentelor deciziei ce se va pronunța.

**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 ... reclamă rezultatul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, apreciindu-l nelegal, din considerentele expuse, pe larg, în cele ce urmează.

Contestatorul învederează că a depus o ofertă în conformitate cu prevederile legale în vigoare și cele ale documentației de atribuire.

După o evaluare deficitară, fără nicio solicitare de clarificări sub acest aspect, în data de 29 martie 2024, entitatea contractantă i-a comunicat rezultatul procedurii prin care i s-a adus la cunoștință că oferta a fost exclusă ca inacceptabilă. În motivarea deciziei se arată că documentul ar fi avut ca temei art. 143 alin. 2 lit. e din HG nr. 394/2016, entitatea apreciind că societatea s-ar afla în situația reglementată de art. 180 alin. 1 lit. g din Legea nr. 99/2016 ca urmare a existenței documentului constatator 42908/15.03.2023.

Decizia entității contractante este nelegală.

Ca o prima critică se invocă temeiul de drept precizat, respectiv dispozițiile art. 143 alin. 2 lit. e din HG nr. 394/2016 nu au legătură cu motivarea comunicării de rezultat, textul articolului invocat reglementând ca motiv de excludere aspecte de ordin financiar și nu de eligibilitate.

Deși motivarea actelor administrative în fapt și drept reprezintă o condiție sine qua non pentru ca destinatarului acestora să-i fie garantat în concret dreptul la apărare și ca atare, nemotivarea atrage nulitatea actului emis, și pe fondul susținerilor, decizia entității este neîntemeiată.

Potrivit Fișei de date a achiziției Cap III.1.1) Capacitatea de exercitare a activității profesionale, inclusiv cerințele privind înscrierea în registrele profesionale sau comerciale: Cerința nr. I Ofertanții, asociații și terți susținători nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 177, 178, 180 din Legea nr. 99/2016.

Prezentei spete i se aplică următoarele prevederi legale:

- Art. 161 alin (8) din HG nr. 394/2016 stabilesc ca 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 reflecta îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 180 alin. (1) lit. g) din Lege.

- Lege nr. 99/2016: art. 180, art. 184.

Pentru o justă raportare la prevederile art. 180 litera g) din Legea 99/2016, comisiile de evaluare au obligația de a avea în vedere și jurisprudența europeană, cum ar fi Hotărârea CJUE din 13 decembrie 2012, în cauza C-465/11. În procedura Forposta SA, ABC Direct Contact sp. z o.o. împotriva Poczta Polska SA, relevante fiind cel puțin următoarele paragrafe:

„30. noțiunea „abatere gravă trebuie să fie înțeleasă ca referindu-se în mod normal la un comportament al operatorului economic în cauză care denotă o intenție culpabilă sau o neglijență de o anumită gravitate din partea sa. Astfel, nu orice executare incorectă, imprecisă sau defectuoasă a unui contract sau a unei parii din acest contract nu echivalează în mod automat cu o abatere gravă;

31. constatarea existenței unei „abateri grave” necesită, în principiu, efectuarea unei aprecieri concrete și individualizate a atitudinii operatorului economic în cauză.”

Deși entitatea contractantă avea obligația conform art. 161 alin. (8) din HG nr. 394/2016 să efectueze verificări cu privire la îndeplinirea cumulativă a condițiilor impuse de lege înainte de a exclude oferta, în mod evident acestea nu au fost făcute nici măcar formal, întrucât ofertantului nu i s-a adresat vreo solicitare de clarificări, sens în care nu a putut justifica lipsa incidenței motivului de excludere reglementat de art. 180 din Lege.

Entitatea s-a limitat în a exclude de plano oferta deși prevederile mai sus citate stabilesc în mod clar posibilitatea ofertantului de clarifica dacă existența documentului constator impune sau nu excluderea ofertei.

Existența unui document constator nu trebuie utilizat ca un instrument de excludere a oricărui operator economic, cu atât mai mult cu cât este posibil să existe chiar o culpă a autorității contractante sau a altor evenimente nu (exclusiv) a operatorului economic.

Astfel, aprecierea lăsată la latitudinea entității contractante nu trebuie interpretată ca fiind echivalentă cu un drept ce poate fi exercitat în orice condiții, sau că simpla existență a documentului constator, conduce, de drept, la respingerea ofertantului.

În speță, documentul constator invocat a fost emis ca urmare a imposibilității obiective a contestatorului de a furniza produsele aferente contractului în cauză, mai precis pale elicopter.

Imposibilitatea furnizării acestor pale pentru elicopter a venit în contextul în care elicopterul Mi-17 se fabrică într-un singur loc în lume, mai exact Rusia, iar în contextul izbucnirii războiului Ruso-Ukrainean granițele s-au închis, orice colaborare cu Rusia a fost strict interzisă iar firma a fost pusă în imposibilitatea de a mai livra aceste produse utilizatorului final MAI.

Compania a depus toate eforturile omenești pentru a livra acest produs la timp, conform contractului asumat dar, din păcate, factori externi binecunoscuți tuturor și care se datorează acestui război au făcut ca acest contract să nu poată fi onorat.

În plus, ca o paranteză, compania a plătit acest produs, anterior închiderii tranzacțiilor oficiale cu Rusia, din păcate compania nu a mai putut primi niciodată acest produs pentru care a plătit și nici nu și-a mai recuperat sumele achitate.

Neonorarea contractului nu a produs prejudicii majore autorității contractante, aceasta având la dispoziție garanția de bună execuție pe care a și executat-o, astfel încât orice potențială daună (care nu a fost din culpa sa) a fost acoperită.

Contestatorul nu a făcut niciodată obiectul unei condamnări pronunțată printr-o hotărâre definitivă prin care să i se interzică participarea la proceduri de achiziție publică. De asemenea, firma nu s-a făcut niciodată vinovată de o gravă abatere profesională, dovedită prin orice mijloace, pe care autoritățile contractante le poate justifica.

În consecință, abaterea contractuală vizată de documentul constator reținut în decizia de excludere s-a datorat unor probleme neimputabile contestatorului.

Motivul de excludere de la lit. g) este transpus din Directiva europeană, care se referă la deficiențe semnificative și persistente, însă în sarcina contestatorului nu pot fi reținute aceste deficiențe și cu atât mai puțin în baza documentului constatator, pretinsele prejudicii au fost acoperite prin reținerea GBE.

Relevantă în cauză este și hotărârea din 03.10.2019, pronunțată în Cauza C-267/18 (... împotriva ...) de C.J.U.E., clar și soluția pronunțată în cauza C-387/19 (RTS infra BVBA, Aannemingsbedrijf Norre-Behaegel BVBA împotriva Vlaams Gewest).

În egală măsură, documentele constatatoare nu au un caracter determinant în verificarea cazului de excludere facultativă prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016. În acest sens, atât practica constantă a C.N.S.C. cât și jurisprudența națională în materie (determinată de jurisprudența CJUE amintită) sunt în sensul că, inclusiv în situația confirmării judiciare a valabilității unui document constatator, entitatea contractantă efectuează o analiză proprie a motivului de excludere și prin prisma gravității abaterii săvârșite dar și a dovezilor aduse de ofertant în susținerea fiabilității și credibilității sale. Pe de altă parte, câtă vreme, chiar și în ipoteza existenței abaterii grave, ofertantul poate să facă dovada măsurilor corective adoptate pentru remedierea comportamentului său, a fortiori are posibilitatea de a dovedi însăși inexistența abaterii care i s-a imputat ori caracterul neiniputabil ori lipsit de consecințe al acestuia.

În speță:

(i) Pe de o parte, entitatea contractantă nu i-a permis să justifice lipsa incidenței motivului de excludere reglementat de art. 180 din lege;

(ii) Pe de altă parte, documentul constatator invocat a fost emis în circumstanțe care nu au avut la baza culpa contestatorului, mai mult, a făcut toate demersurile necesare procurării bunurilor ce faceau obiectul contractului, plătind sumele necesare livrării lor;

(iii) Eventualul prejudiciu al autorității contractante a fost stins ca urmare a reținerii garanției de bună execuție, aceasta fiind dovada suficientă în accepțiunea legislației în vigoare pentru lipsa incidenței art. 180.

Pentru toate aceste considerente, contestatorul solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată.

Prin adresa nr. 15253/09.04.2024, înregistrată la Consiliu sub nr. 21913/09.04.2024, entitatea contractantă a formulat punct de vedere cu privire la contestație, în care precizează următoarele:

În urma verificării ofertelor depuse și aplicării criteriului de atribuire, comisia de evaluare a stabilit faptul că pe locul I în clasament se află Din acest motiv, comisia de evaluare a solicitat ofertantului ... să prezinte documentele suport/dovezi pentru demonstrarea informațiilor prezentate în DUAЕ.

Pe parcursul evaluării ofertelor depuse, comisia de evaluare este obligată să verifice documentele depuse de către toți ofertanții prin prisma

acelorași principii și reguli de participare. În acest caz toți ofertanții au declarat în DUAE faptul că nu se încadrează în motivele de excludere, inclusiv ofertantul Ca atare în formularul standard DUAE, ... S.R.L. a precizat la partea III: Motive de excludere respectiv litera C: Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale, faptul că nu se află în situația de încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Cu toate acestea, în SEAP este publicat cu data de 11.05.2023, de către Ministerul Afacerilor Interne - Unitatea Speciala de Aviație București, documentul constatator negativ cu nr. 42908 din 15.03.2023 pentru S.C. ... S.R.L. în care este precizat faptul ca acesta nu si-a îndeplinit obligațiile contractuale în termenul stabilit prin caietul de sarcini, fapt care a condus la rezilierea contractului (rezilierea fiind consemnata în SEAP).

Plecând de la documentația de atribuire pusă la dispoziția tuturor operatorilor economici aceasta prevede la punctul IV.4) Prezentarea ofertei la litera D) Retragera, înlocuirea și modificarea ofertelor, faptul ca operatorii economici care, fie nu prezintă sau prezintă informații parțiale cu privire la propria lor situație privind incidența motivelor de excludere sau îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție sau care se fac vinovați de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea entității contractante vor fi respinși, cu aplicarea în mod corespunzător a dispozițiilor/consecințelor legale incidente.

Legea 99/2016 articolul 180 alin (1) prevede faptul ca Entitatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i revineau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract 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.

De asemenea, potrivit Notificării ANAP cu privire la situația de excludere reglementata de art. 167 alin 1 lit g din Legea nr. 98/2016 (și care devine aplicabilă și în cazul art. 180 alin 1 lit g din Legea 99/2016), se considera că o situație de excludere reprezintă acea încălcare gravă a obligațiilor contractuale care a condus la încetarea anticipată a respectivului contract.

Legea 99/2016 articolul 180 alin (6) prevede faptul ca în sensul dispozițiilor alin. (1) lit. g), se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea obligațiilor privind livrarea produselor sau serviciilor, ori neexecutarea lucrărilor, livrarea unor produse sau servicii care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației avute în vedere de entitatea contractantă, ori executarea unor lucrări care nu respectă cerințele caietului de sarcini, sau un comportament necorespunzător care creează îndoeli serioase cu privire la credibilitatea operatorului economic.

In documentul constatator negativ cu nr. 42908 din 15.03.2023 este precizat ca S.C. ... S.R.L. nu si-a îndeplinit obligațiile contractuale in termenul stabilit prin caietul de sarcini, fapt care a condus la rezilierea contractului (rezilierea fiind consemnata in SEAP).

Potrivit articolului 184 alin (5) lit. b) situatia de excludere reglementata de art. 180 se întinde pe o perioadă de 3 ani de la data la care s-a produs situația, fapta sau evenimentul relevant, iar documentul constatator mentionat a fost postat in SEAP la data de 11.05.2023, rezultând valabilitatea acestuia.

Ca atare, comisia de evaluare a constatat faptul ca sunt îndeplinite condițiile stipulate la articolul 180 alin. (1) lit. g) si a ajuns la concluzia ca acestea sunt indeplinite in mod cumulativ motiv pentru care s-a si postat in SEAP documentul constatator negativ cu nr. 42908 din 15.03.2023.

Mai mult, conform articolului 182 din Legea 99/2016 entitatea contractantă exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire, în care ia la cunoștință că operatorul economic se află, având în vedere acțiunile sau inacțiunile săvârșite înainte sau în cursul procedurii, în una dintre situațiile prevăzute la art. 177, 178 și 180 de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire.

Având in vedere cele mentionate mai sus, comisia de evaluare a constatat faptul că S.C. ... S.R.L. se află in situatia de excludere reglementata de art. 180 alin (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016 oferta fiind respinsa ca inacceptabila fara a mai fi analizate documentele suport DUAЕ.

Contestatoarea consideră că analiza comisiei este una formală întrucat nu au fost solicitate clarificări pentru a justifica lipsa incidenței motivului de excludere reglementat de art. 180 din Lege. Intr-adevar articolul 184 alin. (1) Legea nr. 99/2016 prevede faptul ca orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 177, 178 și 180 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.

Însă în situatia de fapt ofertantul nu a uzat de acest drept, nu a consemnat in DUAЕ situatia reala in care se afla si nu a precizat nici un document care sa ateste credibilitatea acestuia.

În acest sens trebuie avute in vedere următoarele reglementări:

- articolul 221 alin. (1) din Legea 99/2016 care prevede faptul ca in cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate, ori în cazul în care lipsesc anumite documente, entitatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței.

- articolul 140 alin. (1) din H.G. 394/2016 potrivit caruia comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei oferte.

- articolul 221 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 care prevede faptul ca Entitatea contractantă nu are dreptul ca prin

clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant.

Cu alte cuvinte, entitatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări/completări numai dacă informațiile/documentele cuprinse în oferta sunt incomplete sau numai în scopul lămuririi unor aspecte determinate de existența unor neconcordanțe între informațiile prezentate în cadrul DUAЕ si în condițiile în care informațiile sunt susținute de alte precizări existente la nivelul aceluiași DUAЕ sau a unui DUAЕ depus de subcontractant/terț susținător/asociat (a se vedea Notificarea ANAP privind utilizarea DUAЕ).

Ori în situația de față nici o informație si nici un document din cadrul ofertei depuse de către S.C. ... S.R.L. nu creează un context legal pentru solicitarea de clarificări privind situația de excludere reglementată de art. 180 Legea nr. 99/2016 și în care acesta se află de fapt. O solicitare de clarificări în acest sens ar fi creat un avantaj evident în favoarea contestatoarei care nu a completat DUAЕ potrivit situației sale reale. Nu intra în obligația comisiei de evaluare să solicite clarificări în acest sens, ci ofertantul putea 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.

Contestatoarea ... S.R.L. invocă o imposibilitate obiectivă în ceea ce privește livrarea produselor pentru care s-a emis Document Constatator negativ. Cu toate acestea, deși s-a invocat apariția unei situații imprevizibile neimputabile contestatoarei constând în devierea rutelor obișnuite de transport datorită războiului din Fâșia Gaza, Ministerul Afacerilor Interne - Unitatea Specială de Aviație București, a considerat că existența cazului fortuit nu a fost probată, fapt care a condus la sancționarea contestatoarei prin executarea garanției de bună execuție.

... S.R.L. susține faptul că entitatea contractanta nu i-a permis să justifice lipsa incidenței motivului de excludere reglementat de art. 180 din Lege.

Însă potrivit art. 184 alin. (1) Legea 99/2016 prevede faptul că orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 177, 178 și 180 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. Cu alte cuvinte se analizează credibilitatea ofertantului și nu incidența motivului de excludere întrucât motivul de excludere a fost deja analizat de către Ministerul Afacerilor Interne și s-a consolidat prin documentul constatator negativ publicat în SEAP și neatacat în termen.

În ceea ce privește credibilitatea contestatoarei, aceasta nu a precizat în DUAЕ faptul că pentru S.C. ... S.R.L. s-a emis un Documentul constatator negativ în care este precizat că acesta nu și-a îndeplinit obligațiile contractuale în termenul stabilit prin caietul de sarcini, fapt care a condus la rezilierea contractului (rezilierea fiind consemnată în SEAP).

Mai mult, tot pentru stabilirea credibilității contestatoarei se arată că ofertantul S.C. ... S.R.L. a încheiat cu S.N.G.N. ROMGAZ S.A. contractul

nr. 44566 data 19.02.2024 avand ca obiect "Substanțe absorbante si adsorbante" Lot 1 Trietilenglicol.

În baza acestui contract, contestatoarea trebuia să livreze Trietilenglicol. Însă în data de 01.03.2024, întrucât producătorul Trietilenglicolului (Matanger-India) este din Asia (China), ... a solicitat prelungirea termenului de livrare ca urmare a izbucnirii conflictului din Fâșia Gaza. ... a mai motivat faptul că în urma conflictului au crescut riscurile de securitate asupra navelor care tranzitează Marea Roșie/ Golful Aden. Tot din motivare a rezultat faptul că s-a modificat traseul navelor de transport marfă în jurul Africii, traseul fiind mult mai lung, decalându-se durata de la 30-45 zile la 90 zile.

Termenul de livrare cuprins în contractul sus menționat era de 60 zile, însă conform celor expuse mai sus S.C. ... S.R.L. a solicitat o prelungire a termenului de livrare cu încă 60 zile, adică dublul termenului solicitat prin caietul de sarcini.

De asemenea, în SEAP există mai multe documente constatatoare în care este consemnat faptul că ... S.R.L. a livrat produsele contractate cu întârziere.

Drept dovada, se arată câteva din documentele constatatoare postate pe SEAP:

1) Document constatator publicat în SEAP cu nr. AD1115196/07.02.2024, emis de Universitatea de Vest din Timișoara, aferent contractului nr. 63993/10488/14.12.2020, având ca obiect livrarea, montarea configurarea și punerea în funcțiune a unui generator pentru Hipertermia Magnetica cu accesorii, unde se arată că furnizorul a realizat cu întârziere livrarea produsului, fiind calculate penalități de întârziere;

2) Document constatator publicat în SEAP cu nr. ADI 073688/11.11.2022, emis de SNGN Romgaz Sucursala SIRCROSS, aferent contractului nr.20809/17.17.20218, având ca obiect Manifold de erupție - 3 buc., în care se menționează ca furnizorul nu a livrat la timp produsele, calculându-i-se penalități;

3) Document constatator publicat în SEAP cu nr. AD1064773/13.05.2022, emis de SNGN Romgaz Sucursala SIRCROSS, aferent contractului nr. 21290/06.09.2018, având ca obiect Carotiera mecanica în care se menționează ca furnizorul nu a livrat la timp produsele, calculându-i-se penalități;

4) Document constatator publicat în SEAP cu nr. AD1064773/13.05.2022, emis de SNGN Romgaz Sucursala de Producție Energie Electrică Iernut, aferent contractului nr. 35475/19.11.2021, având ca obiect Rulmenți cu bile și cu role, în care se menționează ca furnizorul nu a livrat la timp produsele, calculându-i-se penalități;

5) Document constatator publicat în SEAP cu nr. AD1060186/04.03.2022, emis de Electrocentrale București S.A., aferent contractului nr. 634/23.11.2021, având ca obiect Debitmetre AMC, în care se menționează ca termenele contractuale au fost depășite, au fost

calculate penalitati de intarziere, colaborarea nu a fost foarte buna, iar produsele livrate au fost neconforme cu cerințele caietului de sarcini;

6) Document constatator publicat in SEAP cu nr. AD1046349/16.07.2021, emis de SNGN Romgaz - Sucursala TG.Mures, aferent contractului nr.27342/2020- lot 2 - FILTRE - , unde se arata ca s-au livrat produsele cu o intarziere de 216 zile, calculandu-se penalitati de intraziere.

7) Document constatator publicat in SEAP sub nr. ..., emis de SNGN Romgaz - Sucursala Medias, aferent contractului 40523/28.02.2023, in care se arata ca nu s-a livrat intreaga cantitate conform contractului, s-au perceput penalitati de intarziere din suma datorata pana la data notificării de catre SC ... (13,33% din cantitatea totală a contractului nu a fost livrată).

Îndeplinirea obligațiilor contractuale de către ... S.R.L. se caracterizează prin repetate întârzieri în livrarea produselor și deși au fost plătite penalitățile prevăzute în contract, prin Notificarea ANAP cu privire la situațiile de excludere este permisă acceptarea și nu este prevăzută obligația entității contractante de a accepta în procedură un ofertant care se află în această situație.

În concluzie, se solicită respingerea contestației ca fiind neîntemeiată și nefondată.

În drept, se întemeiază prezentul Punct de vedere pe dispozițiile Legii nr. 101/2016, coroborat cu dispozițiile Legii nr. 99/2016 si ale H.G. nr. 394/2016.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 22701/12.04.2024, contestatorul a transmis „Note scrise” prin care combate susținerile entității contractante, astfel:

I. Entitatea contractantă recunoaște faptul ca a aplicat în mod formal prevederile art. 180 din lege, în sensul că simpla existență a documentului constatator a atras excluderea ofertei, fără nicio altă solicitare de clarificări și/sau verificări prealabile.

Procedând astfel, entitatea contractantă a încălcat prevederile art. 161 alin (8) din HG nr. 394/2016 care stabilesc ca 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.

Existența unui document constator nu trebuie utilizat ca un instrument de excludere a oricărui operator economic, cu atât mai mult cu cât este posibil să existe chiar o culpă a autorității contractante sau a alor evenimente nu (exclusiv) a operatorului economic. Astfel, aprecierea lasată la latitudinea autorității contractante nu trebuie interpretată ca fiind echivalentă cu un drept ce poate fi exercitat în orice condiții, sau că simpla existență a documentului constatator, conduce, de drept, la respingerea ofertantului.

Contrar susținerilor entității contractante, documentul constatator invocat a fost emis ca urmare a imposibilității obiective de a furniza produsele aferente contractului în cauză, mai precis pale elicopter Mi-17.

Imposibilitatea furnizării acestor pale a venit în contextul în care elicopterul Mi-17 se fabrică într-un singur loc în lume, mai exact Rusia, iar în contextul izbucnirii războiului Ruso-Ukrainean, granițele s-au închis, orice colaborare cu Rusia a fost strict interzisă iar firma a fost pusă în imposibilitatea de a mai livra aceste produse utilizatorului final MAI. Atât din documentul constatator cât și din ordinul de plata depus la dosar, contestatorul a făcut dovada achitării prejudiciului astfel încât nu se poate vorbi despre incidența dispozițiilor art. 180 din lege.

De altfel, acesta este și motivul pentru care ofertantul a bifat NU la rubrica din DUAЕ, tocmai pentru că NU se află în situația de excludere reglementată de art. 180 din lege.

Reaua credință a entității contractante este cu atât mai evidentă cu cât dovada achitării prejudiciului rezultă chiar și din documentul constatator indicat de entitate, astfel încât o minimă verificare ar fi confirmat lipsa incidenței art 180. Contestatorul depune o decizie CNSC recentă care confirmă faptul că existența unui document constatator negativ nu poate atrage de plano excluderea din procedură.

2. Decizia de excludere a ofertei a avut la baza documentul constatator nominalizat și nu au fost pretinse alte motive. Prin urmare, documentele amintite în punctul de vedere nu fac obiectul prezentei proceduri.

Chiar și așa, cifra de afaceri provine în proporție de peste 99% din contracte de achiziție publică. Oricât de profesioniști ar fi, în practică există situații în care pot surveni întârzieri sau alte impedimente chiar și străine de culpa furnizorului care să atragă documente constatatoare negative. Contestatorul a achitat pretinsele prejudicii atât cele vizând documentul constatator indicat în decizia de excludere, cât și în cele menționate de entitate în punctul de vedere, conform dovezilor anexate.

3. Din verificările făcute, nici în privința ofertantului clasat pe locul 1 entitatea nu a întreprins verificări, și acest ofertant având emise în sarcina sa documente constatatoare negative cu prejudicii însemnate, emise chiar de entitatea contractantă în cauză.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 21816/09.04.2024, ... a transmis recipisa de consemnare nr. 210129382/1 din 08.04.2024, eliberată de CEC BANK – Sucursala Cluj, în valoare de 351.680 lei, reprezentând cauciune pentru contestație.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, online, în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect „*Materie primă pentru stiksuri*”, cod CPV 24322100.

În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ..., criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”.

Până la data limită de depunere a ofertelor au depus oferte un număr de 3 ofertanți, printre care și contestatorul, aspecte consemnate în Raportul procedurii nr. 13.410/29.03.2024.

Potrivit aceluiași document, oferta contestatorului a fost respinsă, fiind declarată câștigătoare oferta depusă de RADIAL SOLUTIONS SRL.

Nemulțumită de rezultatul procedurii, contestatoarea ... a depus contestație la Consiliu, ce face obiectul dosarului nr. 1085/2024.

Se reține că prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 13.411/29.03.2024, entitatea contractantă i-a adus la cunoștință ... că oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă în baza art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016 (*nu lit. e), cum eronat scrie în comunicare*), deoarece se află în situația de excludere din procedură reglementată de art. 180 alin. (1) lit. g) și art. 182 din Legea nr. 99/2016, pe motiv că există în SEAP documentul constatator negativ nr. 42908/15.03.2023 în care este precizat că ... nu și-a îndeplinit obligațiile contractuale în termenul stabilit, ceea ce a condus la rezilierea contractului; în formularul standard DUAЕ prezentat în procedură, ofertantul nu a precizat nimic legat de documentul menționat, se mai menționează în adresă.

Din verificarea documentelor aflate la dosar, se reține că în formularul standard DUAЕ, ... S.R.L. a precizat la partea III: Motive de excludere respectiv litera C: Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale, faptul că NU se află în situația de încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Într-adevăr, ofertanții sunt obligați să completeze DUAЕ prin indicarea existenței documentului constatator/documentelor constatatoare, urmând ca autoritatea contractantă să aprecieze ulterior cu privire la încadrarea în situația de excludere prevăzută de dispozițiile legale aplicabile.

În SEAP se află publicat de către Ministerul Afacerilor Interne - Unitatea Speciala de Aviație București, documentul constatator negativ cu nr. 42908 din 15.03.2023 pentru S.C. ... S.R.L., în care se precizează - la cap. 5 - că acesta nu și-a îndeplinit obligațiile contractuale în termenul stabilit, fapt care a condus la rezilierea contractului (rezilierea fiind consemnată în SEAP); se reține că este vorba despre contractul nr. 39697/28.07.2022, având ca obiect furnizarea de set de pale EP pentru elicopterele Mi - 17.

Raportat la situația menționată anterior, Consiliul apreciază că sunt relevante următoarele dispoziții legale:

- art. 180 din Legea nr. 99/2016, *„(1) Entitatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract 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”

(6) În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. g), se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea obligațiilor privind livrarea produselor sau serviciilor, ori neexecutarea lucrărilor, livrarea unor produse sau servicii care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației avute în vedere de entitatea contractantă, ori executarea unor lucrări care nu respectă cerințele caietului de sarcini, sau un comportament necorespunzător care creează îndoieli serioase cu privire la credibilitatea operatorului economic”.

-Art. 182 din același act normativ precizează că: „Entitatea contractantă exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire, în care ia la cunoștință că operatorul economic se află, având în vedere acțiunile sau inacțiunile săvârșite înainte sau în cursul procedurii, în una dintre situațiile prevăzute la art. 177, 178 și 180 de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire.

(....)

- potrivit Notificării ANAP cu privire la situația de excludere reglementată de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, se consideră că o situație de excludere reprezintă acea încălcare gravă a obligațiilor contractuale care a condus la încetarea anticipată a respectivului contract.

Totodată, se reține că la punctul IV.4) Prezentarea ofertei din fișa de date a achiziției, la litera D) *Retragerea, înlocuirea și modificarea ofertelor*, se prevede că: „Prezumția de legalitate si autenticitate a documentelor prezentate: ofertantul își asumă răspunderea exclusivă pentru legalitatea si autenticitatea tuturor documentelor prezentate în original, copie si/sau copie „conformă cu originalul” în vederea participării la procedură. În acest scop, analizarea de către comisia de evaluare a documentelor prezentate de ofertanți nu angajează din partea acestora nicio răspundere sau obligație față de acceptarea respectivelor documente ca fiind autentice sau legale si nu înlătură răspunderea exclusivă a ofertantului sub acest aspect. În acest sens, operatorii economici care, fie nu prezintă sau prezintă informații parțiale cu privire la propria lor situație privind incidenta motivelor de excludere sau îndeplinirea criteriilor de calificare si selecție sau care se fac vinovați de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea entității contractante vor fi respinși, cu aplicarea în mod corespunzător a dispozițiilor/consecințelor legale incidente”.

Având în vedere cele menționate mai sus, entitatea contractantă a constatat că S.C. ... S.R.L. se află în situația de excludere reglementată de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016 și a procedat în consecință, în mod întemeiat în aprecierea Consiliului, după cum se va arăta în continuare.

... S.R.L. susține că entitatea contractantă nu i-a permis să justifice lipsa incidenței motivului de excludere reglementat de art. 180 din Lege.

Ori, în situația de față, nici o informație și nici un document din cadrul ofertei depuse de către ... nu creează un context legal pentru solicitarea de clarificări, întrucât ofertantul nu a precizat în DUAE existența unui Document constatatator negativ potrivit căruia nu și-a îndeplinit obligațiile contractuale în termenul stabilit, deși avea această obligație.

De asemenea, în SEAP există mai multe documente constatatoare în care este consemnat faptul că ... S.R.L. a livrat produsele contractate cu întârziere.

- Document constatatator publicat în SEAP cu nr. AD1115196/07.02.2024, emis de Universitatea de Vest din Timișoara, aferent contractului nr. 63993/10488/14.12.2020, având ca obiect livrarea, montarea configurarea și punerea în funcțiune a unui generator pentru Hipertermia Magnetica cu accesorii, unde se arată că furnizorul a realizat cu întârziere livrarea produsului, fiind calculate penalități de întârziere;

- Document constatatator publicat în SEAP cu nr. AD1064773/13.05.2022, emis de SNGN Romgaz Sucursala de Producție Energie Electrică Iernut, aferent contractului nr. 35475/19.11.2021, având ca obiect Rulmenți cu bile și cu role, în care se menționează că furnizorul nu a livrat la timp produsele, calculându- i-se penalități;

- Document constatatator publicat în SEAP cu nr. AD1060186/04.03.2022, emis de Electrocentrale București S.A., aferent contractului nr. 634/23.11.2021, având ca obiect Debitmetre AMC, în care se menționează că termenele contractuale au fost depășite, au fost calculate penalități de întârziere, iar produsele livrate au fost neconforme cu cerințele caietului de sarcini;

- Document constatatator publicat în SEAP cu nr. AD1046349/16.07.2021, emis de SNGN Romgaz - Sucursala TG.Mures, aferent contractului nr.27342/2020- lot 2 - FILTRE - unde se arată că s-au livrat produsele cu o întârziere de 216 zile, calculându-se penalități de întârziere.

- Document constatatator publicat în SEAP sub nr. AD1121248/08.04.2024, emis de SNGN Romgaz - Sucursala Medias, aferent contractului 40523/28.02.2023, în care se arată că nu s-a livrat întreaga cantitate conform contractului, s-au perceput penalități de întârziere din suma datorată până la data notificării de către SC ... (13,33% din cantitatea totală a contractului nu a fost livrată).

Rezultă că ... S.R.L. a avut repetate întârzieri în livrarea produselor în mai multe contracte încheiate cu diverși beneficiari, fapt ce a condus la neîndeplinirea contractelor respective.

Cât privește atitudinea entității contractante, se reține că aceasta dispune de un drept de apreciere în ceea ce privește excluderea din procedură, în cazul incidenței dispozițiilor legale sus citate, entitatea fiind singura responsabilă pentru modul de atribuire a contractului, în aplicarea principiului asumării răspunderii consacrat la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

Dispozițiile enunțate stabilesc dreptul de apreciere al autorității contractante în ceea ce privește măsura excluderii și atâta timp cât acest drept de apreciere se exercită în limitele impuse de lege și cu respectarea principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică nu poate fi apreciat ca abuziv, aceasta având posibilitatea de a exclude sau, dimpotrivă, de a păstra operatorul în procedură.

Dreptul de apreciere nu poate fi cenzurat de organismul de control, dat fiind că exercitarea lui antrenează o opțiune unilaterală a entității de a se angaja în viitor în relații contractuale cu întreprinderi al căror comportament a fost pus, într-un mod semnificativ și cu suficientă certitudine, sub semnul îndoielii. Un astfel de drept de apreciere ar putea face obiect al controlului numai în măsura în care exercitarea lui s-ar face abuziv, dincolo de limitele impuse de lege. Or, în cazul dedus judecății, entitatea a analizat și a prezentat motivele pentru care soluția menținerii în procedură a contestatoarei, nu se impune.

În atari circumstanțe, Consiliul face trimitere la art. 101 din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului: (...)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 dreptul 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 (...).

Totodată, Curtea Europeană de Justiție în Hotărârea pronunțată la 19 iunie 2019 în cauza C-41/18 (*Meca SRL împotriva Comune di Napoli*) a statuat:

28. În al doilea rând, potrivit articolului 57 alineatul (4) din Directiva 2014/24, „[a]utoritățile 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 situațiile [menționate la această dispoziție]”. Astfel, din textul dispoziției respective **rezultă că autoritățile contractante, iar nu instanța națională, sunt cele cărora lea fost încredințată sarcina de a aprecia dacă un operator economic trebuie să fie exclus dintr-o procedură de achiziții publice.**

29. În al treilea rând, **posibilitatea de care dispune orice autoritate contractantă de a exclude un ofertant de la o procedură de achiziții publice este menită în special să îi permită să aprecieze integritatea și fiabilitatea fiecăruia dintre ofertanți**, astfel cum dovedesc articolul 57 alineatul (4) literele (c) și (g), precum și considerentul (101) al Directivei 2014/24.

31. În al patrulea rând, potrivit articolului 57 alineatul (5) din Directiva 2014/24, autoritățile contractante trebuie să poată exclude un operator economic „în orice moment în cursul procedurii”, iar nu numai după ce o instanță judecătorească și-a pronunțat hotărârea, ceea ce constituie un indiciu suplimentar al voinței legiuitorului Uniunii de a permite autorității contractante să își facă propria apreciere cu privire la faptele comise sau omise, fie înainte, fie în cursul procedurii de achiziții, în una dintre situațiile menționate la articolul 57 alineatul (4) din această directivă.

34. Or, 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**”.

În contextul în care ... nu a declarat în DUAE existența documentului constatat negativ deși era obligat prin lege și prin fișa de date a achiziției (punctul IV.4) lit. D) citat mai sus, Consiliul apreciază că nu avea sens solicitarea unor lămuriri pentru demonstrarea credibilității ofertantului, entitatea adoptând în final măsura corectă de respingere a ofertei.

Față de cele expuse anterior, Consiliul apreciază că în mod întemeiat entitatea contractantă a respins oferta depusă de ..., criticile contestatorului fiind neîntemeiate.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul prevederilor 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:

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de ... în contradictoriu cu

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.