

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. 2324 / C7 / 2558

Data: 04.10.2023

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 49703/12.09.2023, formulată de către (...), cu sediul în (...), înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată prin ... - administrator, împotriva raportului procedurii nr. 33179/01.09.2023, emis de către (...), cu sediul în (...), în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii, pe loturi, a acordului-cadru având ca obiect „*furnizare produse alimentare*”, cod CPV 15000000-8 *Alimente, băuturi, tutun și produse conexe* (Rev. 2), lot 7 *Fructe și legume proaspete*, se solicită anularea în parte a raportului procedurii nr. 33179/01.09.2023, în sensul admiterii ofertei sale, pentru Lotul 7, ca acceptabilă.

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 modalitatea de reevaluare a ofertei sale, susținând în motivare că se impunea analiza ofertei sale prin raportare la prevederile art. 171 din Legea nr. 98/2016, nu prin raportare la art. 167 alin. (1) lit. g) din același act normativ.

Astfel, precizează că, în urma admiterii de către Consiliu a contestației formulate de (...) SRL, autoritatea contractantă a fost nevoită să-i reevalueze oferta depusă în procedură.

I s-au solicitat explicații cu privire la 4 documente constatatoare emise de autorități contractante în urma unor rezilieri anticipate.

Prin adresa nr. 5320/09.08.2023, a arătat că 3 dintre autoritățile contractante care i-au emis documente constatatoare au încheiat ulterior împreună alte contracte (acorduri - cadru) de achiziții publice, iar în ceea

ce privește unul dintre documentele constatatoare, la data la care s-a inițiat procedura, acesta făcea obiectul unei contestații în justiție.

Arată că, prin raportul procedurii a cărei modificare în parte o solicită, comisia de evaluare a decis că oferta sa este inadmisibilă (inacceptabilă) motivat de faptul că:

„(...) erorile semnalate prin cele 4 documente constatatoare pot fi încadrate ca fiind repetate, încadrându-se astfel în prima teză a art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016. Pe de altă parte, comisia de evaluare a ofertelor apreciază că respectivele încălcări au condus atât la încetarea anticipată a unor contracte, situație care a condus la perturbarea activității respectivelor autorități contractante, cât și la plata de daune-interese, așa cum este în cazul Documentului constatator încărcat în SEAP cu nr. AD1060212 – Alimente 07.2021, emis de Spitalul de (...) „(...)”, cumulând astfel și a doua teză a art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea 98/2016.

Cele două teze ale alin. 167 alin. (1) lit. g) din Legea 98/2016 fiind întrunite, comisia de evaluare a ofertelor consideră că este necesară excluderea operatorului din procedura de achiziții publice, oferta acestuia fiind considerată inacceptabilă conform art. 137, alin. (2), lit. b) din H.G. 395/2016”.

Susține că nelegalitatea deciziei de descalificare a ofertei sale (declarării ofertei ca inacceptabilă și implicit ca inadmisibilă) constă în aceea că autoritatea contractantă nu a verificat explicațiile sale după criteriile prevăzute de art. 171 din Legea nr. 98/2016, ci s-a limitat la a constata ceea ce deja alte autorități contractante stabiliseră prin documentele constatatoare ce reprezentau, ele însele, motive de excludere.

Comisia de evaluare nu trebuia să analizeze cele 4 documente constatatoare pentru a stabili dacă sunt întrunite cele 2 teze ale art. 167 alin. (1) lit. g) Legea nr. 98/2016 (abateri repetate și daune imputate), fiindcă deja autoritățile contractante care i-au emis cele 4 documente constatatoare stabiliseră culpa sa contractuală, una dintre acestea solicitând daune interese în valoare de 755 lei.

Precizează că, atâta vreme cât nu a contestat 3 dintre aceste documente, și-a asumat partea sa de vină pentru rezilierea anticipată a contractelor, dar așa cum a arătat prin adresa nr. 5320/09.08.2023, contextul economic din anii 2021-2023 care a devenit brusc imprevizibil a fost principală cauză a problemelor contractuale.

Prin urmare, comisia de evaluare trebuia să verifice dacă și-a refăcut credibilitatea, fie prin adoptarea de măsuri care să nu mai genereze astfel de situații, fie prin achitarea prejudiciilor sau asumarea acestora, sens în care invocă prevederile art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

În acest sens, precizează că a arătat prin adresa de clarificare că autoritățile contractante care i-au emis documentele constatatoare negative au încheiat cu societatea sa, alte contracte de achiziții, considerându-o, evident, un operator economic credibil.

Așadar, chiar dacă anumite contracte nu au fost duse la bun sfârșit, iar un document constatator stabilește cel puțin aparent culpa

indubitabilă a operatorului economic, faptul că aceeași autoritate contractantă nu a exclus acest operator economic din procedurile ulterioare, arată că îl consideră în continuare credibil și că aplică în situația sa prevederile art. 171 din Legea nr. 98/2016 cu finalitatea prevăzută la alin. (2).

Conform deciziei Consiliului analiza solicitată viza tocmai aplicabilitatea/aplicarea art. 171 din Legea nr. 98/2016, nu a art. 167 din aceeași lege, iar comisia de evaluare nu avea niciun motiv să nu aplice art. 171 alin. (2) din lege, câtă vreme chiar autoritățile contractante ce au emis documentele constatatoare au făcut-o înaintea sa.

În ceea ce privește prejudiciul de 755 de lei imputat prin documentului constatator nr. AD1060212 – Alimente 07.2021, emis de Spitalul de (...) „(...)”, comisia de evaluare trebuia să aibă în vedere în analiza sa prevederile art. 171 alin (3¹) din Legea nr. 98/2016, care cer analizarea gravității și a circumstanțelor faptei pentru care a fost emis documentul constatator.

Proportionalitatea sancțiunii cu gravitatea abaterii e un principiu de drept comparabil ca importanță cu drepturile și libertățile fundamentale, care se aplică chiar dacă nu e transpus în actul normativ, dar care, de asemenea, își are expresie în numeroase acte normative.

În concluzie, solicită ca autoritatea contractantă să ia măsurile de remediere solicitate, având în vedere faptul că se impunea analiza ofertei sale prin raportare la prevederile art. 171 din Legea nr. 98/2016, nu prin raportare la art. 167 alin. (1) lit. g) din același act normativ.

Prin adresa nr. 34459/14.09.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 50535/15.09.2023, autoritatea contractantă a transmis punct de vedere față de contestație, susținând că, în condițiile în care evaluarea ofertelor s-a realizat prin aplicarea corespunzătoare a dispozițiilor legale și analiza temeinică a înscrisurilor depuse de ofertanți, consideră că prezenta contestație nu este întemeiată și apreciază că se impune respingerea ei.

În acest sens, arată că, în baza deciziei Consiliului nr. 1633/C7/1820 din data de 14.07.2023, comisia de evaluare a ofertelor a decis anularea în parte a procesului - verbal nr. 21377/06.06.2023 și a raportului procedurii nr. 23469/21.06.2023, în partea care privește rezultatul evaluării ofertei depuse de (...), precum și actele subsecvente și reevaluarea acestei oferte, în ceea ce privește demersurile asupra documentelor constatatoare, în raport de dispozițiile prevăzute de art. 171 din Legea nr. 98/2016, pentru obținerea informațiilor și dovezilor necesare evaluării ofertei, conform celor precizate în motivare, în acord cu dispozițiile legale.

Drept urmare, comisia de evaluare a decis întoarcerea la faza de evaluare financiară, în vederea reevaluării ofertei depuse de (...).

Pentru punerea în aplicare a deciziei anterior menționate, comisia de evaluare a ofertelor a decis să solicite contestatoarei prezentarea

documentelor justificative în sensul celor despre care se face vorbire la art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, care pot consta, fără a se limita, la următoarele categorii: documente emise de autoritățile contractante care au publicat respectivele certificate constatatoare, care să dovedească înlăturarea motivelor care au determinat emiterea acestor certificate, documente proprii pentru adoptarea măsurilor concrete la nivel tehnic și organizațional și orice alte documente relevante, solicitare pe care o redă.

Solicitarea a fost publicată în SEAP, în data de 04.08.2023, ora 14:33, la secțiunea solicitări de clarificare/întrebări, fiind adresată ofertantului (...) cu data limită de răspuns 09.08.2023, ora 23:59. Este redată solicitarea de clarificări.

Ofertanta a răspuns solicitării de clarificări, în data de 09.08.2023, ora 22:46, prin documentele [CN1052888/00226] 5320 SUCEAVA RĂSPUNS SOLICITARE.pdf.p7s și [CN1052888/00227] DOVEZI CONCLUDENTE INLATURARE MOTIVE EMITERE DOCUMENTE CONSTATATOARE.rar, încărcate în SEAP, semnate cu semnătură electronică extinsă, în termenul solicitat.

Din interpretarea sistematică a dispozițiilor legale în materie de achiziții publice, rezultă că dreptul autorității contractante de a aprecia dacă se impune sau nu excluderea ofertantului aflat în situația prevăzută de la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 cunoaște o limitare care constă în obligația autorității contractante de a-i da posibilitatea ofertantei interesate să aducă dovezi privind luarea unor măsuri corective, de natură a înlătura cauzele care au determinat incidența motivului de excludere. Pe de altă parte, asupra caracterului adecvat pentru demonstrarea credibilității ofertantei al măsurilor luate de aceasta din urmă, autoritatea contractantă este de asemenea îndreptățită să aibă o apreciere proprie, însă această apreciere trebuie să fie una motivată.

Prin urmare, autoritatea contractantă dispune de un drept de apreciere în ceea ce privește excluderea din procedură, în cazul incidenței situației prevăzute la art. 167 lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Însă, stabilirea incidenței acestei situații de excepție este lăsată la aprecierea autorității contractante, aspect în strânsă legătură cu principiul asumării răspunderii statuat de art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016, comisiei de evaluare revenindu-i sarcina de a stabili dacă prin documentele depuse, ofertantul dovedește că are capacitatea de a furniza bunurile care fac obiectul prezentei proceduri de atribuire.

Această concluzie este susținută și de interpretarea gramaticală a dispozițiilor art. 171 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 potrivit cu care: „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”.

Așadar, operatorul economic aflat într-una dintre situațiile de excludere trebuie să prezinte dovezi suficiente, de natură a demonstra în concret și a convinge autoritatea contractantă de credibilitatea sa.

Totodată, legiuitorul nu a condiționat excluderea din procedură, în cazul prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, de existența unei hotărâri judecătorești definitive asupra legalității emiterii unui document constatator, însă, important este a observa și că, potrivit aceleiași prevederi, legiuitorul nu a condiționat excluderea din procedură nici de existența unui document constatator ori a altui asemenea act emis de un client beneficiar al operatorului economic analizat. Astfel, în textul dispozițiilor coroborate ale art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016, nu se condiționează excluderea operatorului economic de existența unui document constatator emis de vreun beneficiar al acestuia.

Drept urmare, dacă legiuitorul ar fi dorit ca excluderea operatorului economic să intervină ca efect al existenței, pur și simplu, a unui document constatator emis în baza art. 166 alin. (1) din HG nr. 395/2016, ar fi prevăzut în mod clar această posibilitate. Însă, așa cum este înscris la art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016, decizia de respingere a unui ofertant pe baza unui document constatator, trebuie să fie precedată de o verificare obligatorie a faptului că acest document „reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. 9) din Lege”.

Determinantă în excluderea din procedură a operatorului economic nu este existența documentului constatator, ci verificarea faptului că acest document reflectă îndeplinirea cumulativă a condițiilor regăsite la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, excluderea operând numai dacă sunt îndeplinite condițiile legale invocate.

Analizând punctual răspunsul ofertantului, comisia de evaluare constată următoarele:

1. Legat de documentele constatatoare AD1068954 și AD1068954, emise de BAGR, Școala Națională de Pregătire a Agenților de Penitenciar Târgu Ocna și Penitenciarul Focșani, ofertanta precizează următoarele:

„1. La începutul anului 2022 am câștigat o procedura de achiziții publice organizată de B.A.G.R pentru furnizarea produsului ulei de floarea soarelui la toate penitenciarele de pe teritoriul României. Vă amintim că la începutul anului 2022 a fost declanșată o criza mare în ceea ce privește uleiul din cauza izbucnirii războiului din Ucraina, fapt ce a dus la limitarea cantităților vândute de furnizorii noștri. Am fost obligați la rândul nostru, la acel moment, să diminuăm și noi cantitățile livrate către penitenciare astfel încât să nu ajungem în situația de a opri livrarea uleiului. Așa s-a întâmplat și la cele două unități din subordinea BAGR, Școala Națională de Pregătire a Agenților de Penitenciar Târgu Ocna și Penitenciarul Focșani, care au emis documentele constatatoare AD1068954 și AD1068954 în care sunt evidențiate cantitățile nelivrate dar în care nu se regăsesc stipulate eventuale prejudicii.

Demonstrăm că cele două autorități contractante nu au considerat drept încălcări grave întârzierile la livrările de ulei și că motivele emiterii documentului

constatator au fost înlăturate, prin încheierea cu acestea a unor acorduri cadru în lunile imediat armatoare ale anului 2022.

Dacă nu eram considerați o firmă de încredere eram eliminați de către autoritățile contractante în procedurile de atribuire organizate de acestea.

Atașam la prezenta documentele constatatoare și contractele”.

Astfel cum reiese din răspunsul ofertantei, aceasta consideră că întârzierile la livrările de ulei, semnalate prin cele două documente constatatoare, nu pot fi considerate încălcări grave, întrucât motivele emiterii acestora au fost înlăturate prin încheierea unor acorduri - cadru noi cu aceleași autorități contractante. Este cunoscută situația din perioada primei jumătăți a anului 2022, declanșată pe piață de criza unor alimente de bază, printre care se regăsea și uleiul alimentar, dar cu toate acestea se poate aprecia că lipsa furnizării produselor respective, chiar dacă nu a condus la apariția unor prejudicii cuantificabile, poate fi considerată o abatere gravă, întrucât a perturbat activitatea achizitorului.

Pe de altă parte, comisia de evaluare a ofertelor nu poate aprecia gravitatea abaterii semnalate în certificatul constatator, întrucât ofertanta nu a furnizat suficiente dovezi din care să rezulte că aceasta a adoptat măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, pentru evitarea unor situații de felul celor în speță. Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167, deci, inclusiv în situațiile reglementate de literele g) și h), care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de aceasta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

Pentru documentul constatator AD 1068525, emis de Penitenciarul Găești, ofertanta a explicat următoarele:

„2. Cu Penitenciarul Găești societatea noastră a semnat Acordul- Cadru nr. 24952/04.02.2022 având ca obiect furnizarea de cartofi de toamnă.

Primul contract subsecvent nr. 25156 /07.02.2022 a fost onorat, al doilea cu nr. 28923/09.03.2022 valabil până la 30.04.2022 de asemenea iar din contractul nr. 31728/01.04.2022, valabil tot până în 30.04.2022, s-au livrat 3000 kg de cartofi până în data de 20.04.2022.

Deoarece până la sfârșitul contractului subsecvent, respectiv data 30.04.2022, au fost sărbătorile Pascale, urmate de alte zile libere legale pe perioada căroră furnizorii nu au lucrat, nu s-a mai reușit livrarea întregii cantități comandate de 5000 kg și autoritatea contractanta a emis documentul constatator ADI068525.

Demonstrăm că am înlăturat motivele emiterii Documentului constatator prin livrarea ulterioară a cantităților de cartofi restante prin contractele subsecvente ulterioare, pe care le anexam prezentei. De asemenea, în lunile următoare am încheiat un nou acord cadru pentru acest produs”.

Faptul că (...) are în derulare contracte subsecvente semnate cu emitenții certificatelor constatatoare reclamate pe parcursul anilor 2022-2023 nu este în măsură să oblige autoritatea contractantă din prezenta procedură să treacă peste situația de fapt prezentată sau să accepte ca

suficiente probele administrate, respectiv ca fiind o dovadă a faptului că (...) nu a încălcat art. 167 din Legea nr. 98/2016 și nu a produs prejudicii materiale cuantificabile și nu a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce îi reveneau în cadrul unui contract de achiziție publică încheiat anterior.

Ca și la punctul precedent, se poate admite că și în acest caz, comisia de evaluare a ofertelor nu poate aprecia gravitatea abaterii semnalate în certificatul constatator, întrucât argumentele aduse de ofertantă prin răspunsul la solicitarea de clarificări nu sunt în sensul dovezilor prevăzute de art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, care să demonstreze adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal.

Toate riscurile ce decurg din întocmirea ofertei aparțin ofertanților, autoritatea contractantă trebuind să realizeze evaluarea ofertelor pe documente și informații care pot fi probate, și nu pe asigurările date de o ofertantă.

Comisia de evaluare a ofertelor consideră că, atât prin răspunsul de la punctul 1, cât și prin cel de la punctul 2, ofertanta nu a demonstrat că are capacitatea de a furniza produsele care fac obiectul prezentei proceduri de atribuire.

Pentru documentul constatator AD1060212, emis de (...), ofertantul explică următoarele:

„3. (...), a emis documentul constatator nr. ADI060212 pentru faptul ca societatea noastră nu a mai putut susține preturile acordului cadru din 14.10.2021 din cauza faptului ca pandemia de Covid 19 afectase toate sectoarele economiei, inclusiv pe cea alimentară. Documentul constatator este contestat la Tribunalul Argeș, conform portalului instanței de judecată și la data depunerii documentelor la procedura organizata de dumneavoastră, nu exista o hotărâre definitivă și irevocabilă.

Daca instanța hotărăște că Spitalul de Pneumoftioziologie are dreptate atunci vom achita prejudiciul de 755 lei solicitat de aceasta drept prejudicii.

Societatea noastră și-a îmbunătățit permanent procedurile de ofertare contractare și livrare astfel încât clauzele contractelor semnate să fie respectate pentru a evita posibila apariție a conflictelor comerciale cu partenerii noștri”.

Autoritatea contractantă susține că invocarea dispozițiilor legale prevăzute de art. 171, alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, în speța de față nu sunt incidente, documentul constatator fiind emis de (...) la data de 04.01.2022, astfel că nu a expirat perioada de 3 ani, prevăzută de dispozițiile legale amintite.

Drept urmare, la acest moment, comisia de evaluare a ofertelor poate analiza inclusiv Documentul constatator încărcat în SEAP cu nr. ADI060212 - Alimente 07.2021, emis de SPITALUL DE (...) "(...)", CIF 4122019. Din documentul amintit se poate observa că emitentul precizează că există prejudicii sau pagube în legătură cu contractul încheiat cu (...), în cuantum de „0,03% pe zi de întârziere din valoarea comenzii neonorate conf. art. 9.8 din acord cadru și 3.7 din contractul subsecvent”.

Potrivit portalului instanțelor de Judecată (<https://portal.just.ro/>), în sprijinul luării unei decizii, comisia de evaluare a ofertelor a constatat existența dosarului nr. 1926/109/2022 din 18.04.2022, înregistrat pe rolul Tribunalului Argeș, având ca obiect anulare act anulare document constator nr. 133/04.01.2022 (SCN1090047/27.07.2021, acord cadru nr. 429/14.10.2021, contract subsecvent nr. 3/22.11.2021 - art. 53 alin. (1¹) din Legea nr. 101/2016. Părțile din dosar fiind:

- (...) în calitate de Apelant Reclamant;
- SPITALUL DE (...) „(...)”, în calitate de Intimat Pârât.

Hotărârea pronunțată de instanța de fond a fost în sensul respingerii acțiunii ca nefondată. Prin Sentința civilă nr. 469/2022 din 27.09.2022 s-a pronunțat următoarea soluție: „Respinge acțiunea ca nefondată. Admite cererea reconvențională. Obligă reclamanta să plătească pârâtului penalitățile de 0,03%/zi întârziere la suma de 755,48 lei de la momentul noiembrie 2021, până la îndeplinirea efectivă a obligației. Cu apel în 30 zile de la comunicare. Pronunțată azi 27.09.2022, prin punerea soluției la dispoziția părții, prin mijlocirea grefei instanței”.

Curtea de Apel Pitești menține soluția pronunțată de Tribunalul Argeș în sensul: „Respinge apelul ca nefondat. Definitivă. Pronunțată prin punerea soluției la dispoziția părților, de către grefa instanței, astăzi, 27.06.2023, la Curtea de Apel Pitești - Secția I Civilă”. Soluția a fost pronunțată prin Hotărârea nr. 3892/2023 din 27.06.2023.

Având în vedere cele precizate mai sus, comisia de evaluare a ofertelor a constatat că (...) trebuia să prezinte dovezile care 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 prejudiciile cauzate, așa cum reiese din documentul constator.

Astfel, s-a apreciat că informațiile furnizate de ofertantă nu sunt suficiente pentru susținerea capacității ofertantului de furnizare a produselor care fac obiectul prezentei proceduri de atribuire.

Din informațiile deținute, comisia de evaluare a ofertelor concluzionează că abaterea poate fi considerată o încălcare gravă a obligațiilor principale ce-i reveneau în cadrul contractului de achiziție publică, întrucât, așa cum reiese din documentul constator:

- a. Contractual nu a fost îndeplinit în mod corespunzător;
- b. Justificări invocate:
 - i. Nerespectarea termenelor contractuale de livrare din culpă: DA;
 - ii. Altele: DA - nerespectarea condițiilor contractuale în ceea ce privește respectarea prețurilor;
 - iii. Eventualele litigii și modul de soluționare: DA;
 - iv. Încetarea contractului: DA - contractual subsecvent a încetat de drept conf. art. 19.1) lit. c).

Precizări privind încadrarea/neîncadrarea în prevederile art. 167 alin. (1) lit. h) și i).

Prin DUAЕ prezentat în procedură, la partea III Motive de excludere, punct C Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, subpunct încetare anticipată, daune interese sau alte sancțiuni comparabile, ofertanta a bifat NU.

În sensul lămuririi aspectelor de mai sus, comisia de evaluare a solicitat ofertantei să clarifice încadrarea/neîncadrarea în situația de excludere, prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Comisia de evaluare a ofertelor consideră că răspunsul la solicitarea de clarificări al ofertantei nu atrage excluderea sa din procedura de atribuire, iar bifa „NU” de la punctul C) Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, subpunct încetare anticipată, daune interese sau alte sancțiuni comparabile, din DUAЕ, este în concordanță cu decizia comisiei. În acest sens, simpla existență a documentelor constatatoare în raport cu care s-a formulat solicitarea de clarificări nu se circumscrie niciunuia dintre cazurile expres și limitativ prevăzute de art. 164 - art. 171 din Legea nr. 98/2016 pentru sancționarea sau excluderea ofertantului în cadrul procedurii de achiziție publică.

Așa cum este precizat și în Decizia Consiliului nr. 1633/C7/1820 din data de 14.07.2023, simpla existență a documentelor constatatoare publicate în SEAP capătă relevanță și pot genera efecte doar în contextul în care comisia de evaluare a ofertelor apreciază, în urma analizei răspunsului la solicitarea de clarificări, că ele sunt generatoare de efecte juridice, ori în prezenta speță, comisia de evaluare, în urma analizării răspunsului la solicitarea de clarificări, a apreciat că nu se face dovada îndeplinirii condițiilor cumulative prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g), coroborat cu art. 171 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Din cuprinsul răspunsului furnizat de ofertant, nu rezultă intenția societății de a ascunde informațiile vizavi de obligațiile din cele 4 certificate constatatoare, rezultând doar că aceasta a apreciat că nu sunt întrunite condițiile prevăzute pentru a declara certificatele în formularul DUAЕ în secțiunea C.

Neprecizarea în formularul DUAЕ a situației societății raportat la cele 4 documente constatatoare nu a fost o omitere intenționată, fiind determinată de certitudinea ofertantei că nu se află în situațiile de excludere prevăzute de dispozițiile legale.

Prin urmare, operatorul economic nu poate fi exclus din procedură pentru incidența dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. h) și i) din Legea nr. 98/2016, ci doar dacă autoritatea contractantă apreciază că sunt întrunite condițiile legale pentru excludere, în urma demersurilor pentru obținerea informațiilor vizavi de obligațiile încălcate care au determinat emiterea documentului constatator și de dovezi prin care ofertanta să își demonstreze credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

Concluzionând cele menționate mai sus, din analiza răspunsului ofertantei la solicitarea autorității contractante de prezentare a

documentelor care să demonstreze în concret credibilitatea prezentă a ofertantei, potrivit art. 171 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, comisia de evaluare a ofertelor a considerat că informațiile insuficiente transmise de ofertantă nu pot convinge că măsurile luate de operatorul economic aflat în situații de excludere sunt suficiente pentru a-și demonstra credibilitatea.

Având în vedere momentul în care comisia de evaluare a ofertelor a solicitat ofertantei să clarifice situația generată de existență în SEAP a documentelor constatatoare, subliniază faptul că autoritatea contractantă exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire în care ia cunoștință că operatorul economic se află în una dintre situațiile de natură să atragă excluderea sa din procedura de atribuire, în baza art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Astfel cum reiese din Decizia Consiliului nr. 1633/C7/1820 din data de 14.07.2023 autoritatea contractantă este obligată la clarificarea situației constatate, și în funcție de rezultatul acestor verificări, să se decidă, argumentat, asupra incidenței/neincidenței art. 167 alin. (1) lit. g), h) și i) coroborate cu cele ale art. 171 din același act normativ, vizavi de ofertanta (...).

Totodată, subliniază faptul că legea permite acceptarea în procedură a unui operator economic aflat în situația de excludere care face obiectul unui document constatator de felul celor prezentate pentru ofertanta (...), în cazul în care aceasta poate furniza dovezi prin care să arate că a luat măsuri suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea, dovezi care se pot referi inclusiv la plata penalităților sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate.

În speța de față, ofertantul nu a prezentat dovada penalităților de 0,03%/zi de întârziere la suma de 755,48 lei, de la momentul noiembrie 2021, până la îndeplinirea efectivă a obligației și nici un angajament ferm privind plata penalităților.

În concluzie, în cazul de față, comisia de evaluare a ofertelor a considerat că erorile semnalate prin cele 4 documente constatatoare pot fi considerate ca fiind repetate, încadrându-se astfel în prima teză a art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016. Pe de altă parte, comisia de evaluare a ofertelor a apreciat că respectivele încălcări au condus atât la încetarea anticipată a unor contracte, situație care a condus la perturbarea activității respectivelor autorități contractante, cât și la plata de daune-interese, așa cum este cazul Documentului constatator încărcat în SEAP cu nr. AD1060212 - Alimente 07.2021, emis de SPITALUL DE (...) „(...)”, cumulând astfel și a doua teză a art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Cele două teze ale art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 fiind întrunite, comisia de evaluare a ofertelor consideră că este necesară

excluderea operatorului din procedura de achiziții publice, oferta acestuia fiind considerată inacceptabilă, conform "art. 137 alin. (2) lit. b)".

Documentele necesare soluționării cauzei, emise ulterior deciziei Consiliului, au fost transmise de autoritatea contractantă cu adresa nr. 50696/18.06.2023, fiind înregistrate la Consiliu cu nr. 50696/18.09.2023.

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

În vederea încheierii, pe loturi, a acordului-cadru având ca obiect „furnizare produse alimentare”, cod CPV 15000000-8 *Alimente, băuturi, tutun și produse conexe* (Rev. 2), (...), în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1052888/10.03.2023.

Din informațiile anunțului de participare amintit, Consiliul a reținut că valoarea estimată a acordului – cadru de furnizare este de 6.493.674,00 lei (din care, pentru lotul 7 criticat este situată între 259.380 lei – 518.760 lei), fără TVA, criteriul de atribuire este *cel mai bun raport calitate – preț*, iar termenul de depunere a ofertelor a fost stabilit la 10.04.2023, ora 15:00.

Cu respectarea prevederilor art. 61¹ alin. (1) și (2²) din Legea nr. 101/2016, (...) a făcut dovada constituirii cauțiunii în valoare de 6.916,80 lei, conform recipisei de consemnare nr. 209501721/1, eliberată de CEC BANK - Sucursala Brăila, la data de 14.09.2023.

În cadrul aceleiași proceduri, se reține că, împotriva rezultatului inițial al procedurii, pentru lotul 7, respectiv împotriva ofertei depuse de (...), (...) SRL a depus contestație care a fost admisă prin decizia nr. 1633/C7/1820 din data de 14.07.2023. Decizia a rămas definitivă, nefiind atacată cu plângere.

Ulterior acestei decizii și reevaluării ofertei (...), fiind respinsă oferta acesteia, pentru lotul 7, s-a depus contestația în analiză, sens în care s-a solicitat anularea în parte a raportului procedurii nr. 33179/01.09.2023, în sensul admiterii ofertei sale, pentru lotul 7, ca acceptabilă.

Este de reținut că, prin decizia anterior emisă, nr. 1633/C7/1820 din data de 14.07.2023, rămasă definitivă, s-au constatat următoarele: «... Trecând la analiza celor reclamate datele speței pe scurt sunt următoarele:

- pe parcursul evaluării ofertelor depuse de ofertanți pentru Lotul 7 - Fructe și legume proaspete, autoritatea contractantă a constatat că în numele ofertantului STEDYAN COM S.R.L. au fost emise și publicate în SEAP o serie de documente constatatoare din care ar rezulta că acesta și-a încălcat obligațiile principale care îi reveneau în cadrul contractelor de achiziții publice;

- având în vedere cele constatate, autoritatea contractantă a formulat următoarea solicitare de clarificări care a fost adresată ofertantei STEDYAN COM S.R.L.:

„Având în vedere calitatea dumneavoastră de ofertant la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică având ca obiect FURNIZARE PRODUSE ALIMENTARE, Lot 6 PRODUSE ALIMENTARE DIVERSE și Lot 7 FRUCTE ȘI LEGUME PROASPETE, publicată în SEAP cu Anunțul de participare nr. CN1052888 / 10.03.2023, în baza art. 210, alin. (I) din Legea nr 98/2016 vă solicităm următoarele clarificări privind situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, Legea nr 98/2016 privind achizițiile publice, de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire:

Comisia de evaluare a ofertelor a identificat în SEAP o serie de documente constatatoare emise de diferite autorități contractante, cu referire la ofertantul S.C. STEDYAN COM S.R.L. Din documentele identificate, reiese că S.C. STEDYAN COM S.R.L. a încălcat în mod repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul contractelor de achiziții publice la care se face referire, iar aceste încălcări au dus fie la încetarea anticipată a unor contracte, fie la plata de daune-interese, fie alte sancțiuni comparabile.

Documentele la care se face referire sunt:

1. Documentul constatator încărcat în SEAP cu nr. AD1068954 - Furnizare Ulei rafinat de floarea soarelui pentru unitatile penitenciare beneficiare, emis de BAZA DE APROVIZIONARE, GOSPODĂRIRE SI REPARAȚII, CIF 4193079. În informațiile despre document publicate în SEAP, autoritatea contractantă, la secțiunea „OPȚIUNI PRIVIND DERULAREA CONTRACTULUI” completează „Nerespectarea termenelor contractuale și/sau a duratei execuției contractului”. Din documentul atașat reiese că „pe timpul derulării contractului subsecvent s-au înregistrat întârzieri în respectarea termenelor contractuale precum și îndeplinirea parțială a obligațiilor contractuale. ”

2. Documentul constatator încărcat în SEAP cu nr. AD1068770 - Furnizare legume și fructe proaspete pentru Penitenciarul Gaesti, emis de PENITENCIARUL GAESTI, CIF 24125133. În informațiile despre document publicate în SEAP, autoritatea contractantă, la secțiunea „OPȚIUNI PRIVIND DERULAREA CONTRACTULUI” completează „Nerespectarea calității/cantității și/sau a tipului de produs, lucrare, serviciu oferat”. Din documentul atașat reiese că „termenele contractuale de livrare a produselor NU au fost respectate, iar cantitatea totală din contract nu a fost livrată”.

3. Documentul constatator încărcat în SEAP cu nr. AD1068525 - Furnizare Ulei rafinat de floarea soarelui pentru unitățile penitenciare beneficiare, emis de BAZA DE APROVIZIONARE, GOSPODĂRIRE ȘI REPARAȚII, CIF 4193079. În informațiile despre document publicate în SEAP, autoritatea contractantă, la secțiunea „OPȚIUNI PRIVIND DERULAREA CONTRACTULUI” completează „Nerespectarea calității/cantității și/sau a tipului de produs, lucrare, serviciu oferat”. Din documentul atașat reiese că „Furnizorul a livrat cantitatea de 250 l de ulei în data de 14.04.2022, cantitatea de 150 l de ulei în data de 16.05.2022, iar diferența de 200 l a rămas nelivrată. ”

4. Documentul constatator încărcat în SEAP cu nr AD1060212 - Alimente 07.2021, emis de SPITALUL DE (...) "(...)", CIF 4122019. În informațiile despre document publicate în SEAP, autoritatea contractantă, la secțiunea „EXISTA PREJUDICII SAU PAGUBE” completează „Da”. Din documentul atașat reies următoarele:

- a. Ofertantul a refuzat semnarea contractului subsecvent nr. 3/22.11.2021;
- b. Contractual nu a fost îndeplinit în mod corespunzător;
- c. Justificări invocate:
 - i. Nerespectarea termenelor contractuale de livrare din culpă: DA;
 - ii. Altele: DA - nerespectarea condițiilor contractuale în ceea ce privește respectarea prețurilor;
 - iii. Eventualele litigii și modul de soluționare: DA;
 - iv. Încetarea contractului: DA - contractual subsecvent a încetat de drept conf. art. 19.1) lit. c)

d. Prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului (dacă este posibil cuantificarea valorică a acestora): 0,03% PE ZI DE ÎNTÂRZIERE DIN VALOAREA COMENZII NEONORATE CONF. ART 9.8 DIN ACORD CADRU ȘI 3.7 DIN CONTRACTUL SUBSECVENT.

Conform Art. 167, alin. (1), lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice: „(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:

[...]

”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;”

De asemenea, comisia de evaluare a ofertelor are în vedere că în DUAE prezentat de ofertant, la secțiunea C: MOTIVE LEGATE DE INSOLVENȚĂ, CONFLICT DE INTERESE SAU ABATERI PROFESIONALE, CERINȚA „încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile”, ofertantul răspunde cu NU, deși pentru acesta au fost emise documentele constatatoare enumerate mai sus. Conform Art. 167, alin. (1), lit. i) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice:

”i) operatorul economic a încercat să influențeze în mod nelegal procesul decizional al autorității contractante, să obțină informații confidențiale care i-ar putea conferi avantaje nejustificate în cadrul procedurii de atribuire sau a furnizat din neglijență informații eronate care pot avea o influență semnificativă asupra deciziilor autorității contractante privind excluderea din procedura de atribuire a respectivului operator economic, selectarea acestuia sau atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru către respectivul operator economic.”

În baza art. Art. 169, 171 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, vă solicităm să clarificați.

Răspunsul dumneavoastră, semnat cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii acreditat, va fi transmis în SEAP, până la data de 30.05.2023, inclusiv.”

- solicitarea de clarificări mai sus redată a fost publicată în SEAP, în data de 26.05.2023, ora 16:24. Termenul limită de răspuns a fost stabilit la data de 30.05.2023, ora 23:59;

- ofertanta STEDYAN COM S.R.L. a răspuns la solicitarea de clarificări în data de 29.05.2023, ora 11:56 cu documentul publicat în SEAP, cu documentul [CN1052888/00154] 4415 SUCEAVA RĂSPUNS SOLICITARE.pdf.p7s precizând următoarele:

„Referitor la solicitarea dumneavoastră 20477 din data de 26.05.2023, va comunicam următoarele:

1. Școala Națională de Pregătire a Agenților de Penitenciar Targu Ocna, in documentul constatator 25789/16.05.2022, la care faceți referire, a menționat ca „Prejudicii: nu exista”. Problemele aparute in timpul derulării contractului au fost rezolvate pe cale amiabila.

După emiterea acestui document am participat la o noua procedura nr. CN 1046010 din 29.08.2022, organizata de aceeași autoritate contractanta, la care am fost acceptati, calificați si declarați castigatori pentru anumite loturi de produse.

De asemenea, o dovada certa ca nu am incalcat art. 167 din Legea 98/2016, o reprezintă faptul ca am avut si avem in derulare contracte subsecvente semnate cu SNPAP TG OCNA, pe parcursul anilor 2022-2023, ceea ce inseamna ca nu am produs prejudicii materiale cuantificabile si nu am incalcat in mod grav sau repetat obligațiile principale ce ne reveneau in cadrul unui contract de achiziție publica încheiat anterior.

2. La Penitenciarul Gaesti, in documentul constatator la care faceți referire, se mentioneaza ca nu sunt cuantificate prejudicii, iar la momentul respectiv problemele aparute s-au rezolvat pe cale amiabila. Dupa emiterea acestui document am participat la mai multe proceduri, una dintre ele cu nr. CN1051314 / 19.01.2023, organizate de aceeași autoritate contractanta, la care am fost acceptati, calificați si declarați castigatori.

De asemenea, o dovada certa ca nu am incalcat art. 167 din Legea 98/2016, o reprezintă faptul ca am avut si avem in derulare contracte subsecvente semnate cu Penitenciarul Gaesti, pe parcursul anilor 2022-2023, ceea ce inseamna ca nu am produs prejudicii materiale cuantificabile si nu am incalcat in mod grav sau repetat obligațiile principale ce ne reveneau in cadrul unui contract de achiziție publica incheiat anterior.

3. La Penitenciarul Focșani, in documentul constatator la care faceți referire, se mentioneaza ca nu sunt cuantificate prejudicii, iar la momentul respectiv problemele aparute s-au rezolvat pe cale amiabila.

Dupa emiterea acestui document am participat la o noua procedura nr. CN 1044303 din 01.07.2022, la care am fost acceptati, calificați si declarați castigatori pentru anumite loturi de produse.

De asemenea, o dovada certa ca nu am incalcat art. 167 din Legea 98/2016, o reprezintă faptul ca am avut si avem in derulare contracte subsecvente semnate cu Penitenciarul Focșani, pe parcursul anilor 2022-2023, ceea ce inseamna ca nu am produs prejudicii materiale cuantificabile si nu am incalcat in mod grav sau repetat obligațiile principale ce ne reveneau in cadrul unui contract de achiziție publica încheiat anterior.

4. Documentul constatator emis de către Spitalul de (...) "(...)" Valea Iașului, este contestat la Tribunalul Argeș, conform portalului instantei de judecata si la momentul prezentei, nu exista inca o hotarare definitiva si irevocabila.

Prin urmare acest document nu poate poduce efecte pana cand nu se judeca apelul care nu are inca un termen dat de instanta.

La articolul 171 din Lg.98/2016 punctul 5 mentioneaza "In 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. "

Conform celor aratate mai sus, pentru niciunul din cazurile enumerate mai sus nu se aplica art. 167 din Legea nr. 98/2016 si prin urmare nu aveam de ce sa le declarăm in DUAE in secțiunea C. "

- răspunsul transmis de STEDYAN COM S.R.L. a fost analizat de membrii comisiei în data de 06.06.2023, ocazie cu care a fost elaborat *Procesul-verbal nr. 21377/06.06.2023* în care membrii comisiei au consemnat analiza efectuată, respectiv:

Prin răspunsul la solicitarea de clarificări [CN1052888/00154] 4415 SUCEAVA RĂSPUNS SOLICITARE.pdf.p7s.. ofertantul răspunde punctual la fiecare solicitare a autorității contractante.

Analizând documentele prezentate, comisia de evaluare a ofertelor consideră că ofertantul justifică în mod concludent situația semnalată de autoritatea contractantă și declară admisibilă oferta depusă.

În consecință, oferta depusă de S.C. STEDYAN COM S.R.L. este considerată conformă cu cerințele documentației de atribuire a contractului de lucrări.

Așa cum a fost anterior reținut, criticile formulate de contestatoare vizează aspecte legate de faptul că, în opinia contestatoarei, desemnarea ofertei depusa de STEDYAN COM S.R.L., ca fiind admisibilă este nelegala, *întrucât acest ofertant se afla*

sub incidența motivelor de excludere prevăzute la art. 167 alin. 1 lit. h și i din Legea 98/2016 cu modificările și completările ulterioare. [...]

Așadar problema care urmează a fi soluționată de Consiliu, vizează activitatea derulată de membrii comisiei vizavi de existența certificatelor constatatoare reclamate de (...) S.R.L., emise pe numele ofertantei STEDYAN COM S.R.L., prin raportare la dispozițiile legale incidente în speță.

Față de diferendul dedus judecătii, Consiliul reține relevanța următoarelor dispoziții legale:

- Art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) 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:

(...)

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

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;

i) operatorul economic a încercat să influențeze în mod nelegal procesul decizional al autorității contractante, să obțină informații confidențiale care i-ar putea conferi avantaje nejustificate în cadrul procedurii de atribuire sau a furnizat din neglijență informații eronate care pot avea o influență semnificativă asupra deciziilor autorității contractante privind excluderea din procedura de atribuire a respectivului operator economic, selectarea acestuia sau atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru către respectivul operator economic.

(8) În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. g) se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract.

- Art. 171 din 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.**

(3¹) Autoritatea contractantă evaluează măsurile luate de operatorii economici și dovedite în conformitate cu prevederile alin. (3), ținând seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale infracțiunii sau abaterii avute în vedere.

(3²) În cazul în care măsurile prevăzute la alin. (3¹) sunt considerate insuficiente de către autoritatea contractantă, aceasta transmite operatorului economic o expunere a motivelor care au condus la luarea deciziei de excludere a acestuia din procedura de atribuire.

(4) În cazul în care operatorului economic 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, 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 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:**

a) dacă, în cazul faptelor prevăzute la art. 164, a expirat o perioadă de 5 ani de la data hotărârii definitive de condamnare;

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;**

- **Art. 166 din HG nr. 395/2016:** [...]

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

Din interpretarea tuturor acestor dispoziții legale, rezultă faptul că autoritatea contractantă **are obligația** de a exclude operatorul care se află în situațiile de excludere prevăzute la art. 167 din Legea nr. 98/2016 [în speță, lit. g)], operator care, la rândul său, are posibilitatea de a furniza dovezi care

să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea; de aici, concluzia că, pe de o parte, existența unui document constatatator al situației nu conduce în mod automat la excludere, iar pe de altă parte, că, prezentarea unor astfel de dovezi **poate sau nu să convingă autoritatea contractantă, care-și poate asuma răspunderea de a păstra în procedură ofertantul.**

Prin urmare, autoritatea contractantă dispune de un **drept de apreciere** în ceea ce privește excluderea din procedură, în cazul incidenței situației prevăzute la art. 167 lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Însă, stabilirea incidenței acestei situații de excepție este lăsată la aprecierea autorității contractante, aspect în strânsă legătură cu principiul asumării răspunderii statuat de art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016, comisiei de evaluare revenindu-i sarcina de a stabili dacă prin documentele depuse, ofertantul dovedește că are capacitatea de a furniza bunurile ce fac obiectul prezentei proceduri de atribuire.

Această concluzie este susținută și de interpretarea gramaticală a dispozițiilor art. 171 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 potrivit cu care: ***„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”.***

Așadar, operatorul economic aflat într-una din situațiile de excludere trebuie să prezinte dovezi suficiente, de natură a demonstra în concret și a convinge autoritatea contractantă de credibilitatea sa.

Prin urmare, dispozițiile invocate instituie, pe de o parte, posibilitatea operatorului economic aflat într-una din situațiile de excludere, de a aduce dovezi concrete pentru a convinge autoritatea contractantă de credibilitatea sa, iar pe de altă parte, **dreptul autorității contractante de a aprecia suficiența acestor dovezi.** [...]

Așadar, determinantă în excluderea din procedură a operatorului economic nu este existența documentului constatatator, ci **verificarea** faptului că acest document reflectă îndeplinirea cumulativă a condițiilor regăsite la art. 167 alin. (1) [lit. g\)](#) din Legea nr. 98/2016, excluderea operând numai dacă sunt îndeplinite condițiile legale invocate.

Pe de altă parte, prin prevederile de la art. 171 alin. (1), alin. (2) și alin. (3), Legea nr. 98/2016 a stabilit dreptul și posibilitatea operatorului economic de a răsturna concluziile rezultând din incidența unui caz de excludere, prin furnizarea de dovezi care să arate că măsurile pe care le-a luat sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivul de excludere, în prezenta unor astfel de dovezi, pe care autoritatea contractantă să le considere suficiente, aceasta având posibilitatea legală de a nu exclude operatorul economic respectiv.

Rezultă, așadar, că legea a reglementat posibilitatea ca, chiar și în condițiile existenței reale a unui caz de excludere, operatorul economic să își poată demonstra, în concret, credibilitatea prin raportare la motivul de excludere, evitând astfel eliminarea sa din competiție.

Revenind la speță, din documentele depuse, rezultă că autoritatea contractantă trebuie să își exercite dreptul de apreciere în limitele impuse de

lege, în sensul că are posibilitatea de a exclude sau, dimpotrivă, de a păstra operatorul economic în procedură, în cazul în care s-a făcut dovada că au fost adoptate măsuri concrete și adecvate, suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

Contrar celor susținute de achizitoare în punctul de vedere formulat asupra contestației precum că, respectând prevederile legale de la art. 164 - art. 171 din Legea nr. 98/2016 a analizat legalitatea admiterii participării ofertantului STEDYAN COM S.R.L., Consiliul constată că niciunde în cuprinsul *Procesului-verbal nr. 21377/06.06.2023* în care membrii comisiei au consemnat analiza efectuată, nu se regăsește consemnată analiza **punctuală** efectuată de membrii comisiei vizavi de cele 4 certificate constatatoare, singura mențiune precizată fiind următoarea:

Analizând documentele prezentate, comisia de evaluare a ofertelor consideră că ofertantul justifică în mod concludent situația semnalată de autoritatea contractantă și declară admisibilă oferta depusă. [...]

Or, raportat la textele de lege citate și la considerentele expuse mai înainte, verificarea pe care achizitoarea era chemată să o realizeze trebuia să aibă în vedere obținerea de informații și documente care să îi permită să stabilească dacă, în cazul acestei ofertante, sunt îndeplinite condițiile cumulative pentru excluderea reglementată la art. 167 alin. (1) [lit. g\)](#) din Legea nr. 98/2016.

Însă, în speță, autoritatea contractantă nu a înțeles să realizeze o astfel de interpelare a ofertantei. Mai mult, chiar și în condițiile în care conduita achizitoarei nu a fost cea prevăzută de lege, referitor la modalitatea de a solicita justificări privind situația existentă, nici cu ocazia primirii răspunsului ofertantei, aceasta nu a făcut o analiză a conținutului acestuia și implicațiilor.

Este adevărat că în cazul analizat, autoritatea contractantă a avut un rol activ și a adresat o solicitare de clarificare ofertantei vizavi de certificatele constatatoare în discuție, însă nu a făcut demersuri pentru obținerea informațiilor vizavi de obligațiile încălcate care au determinat emiterea acestora și de dovezi prin care ofertantul să își demonstreze credibilitatea *prin raportare la motivele de excludere*.

Se impune astfel efectuarea demersurilor pentru obținerea informațiilor și dovezilor necesare evaluării ofertei.

Reține Consiliul faptul că la art. 171 din același act normativ, legiuitorul a prevăzut că orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167, deci, inclusiv în situațiile reglementate de literele g) și h), 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.

Consiliul apreciază că prin răspunsul formulat ofertanta STEDYAN COM S.R.L., nu aduce niciun fel de dovezi de demonstrare a credibilității, deoarece faptul că ofertanta precizează că *a avut și are în derulare contracte subsecvente semnate cu autoritățile emitente ale documentelor constatatoare prezentate, pe parcursul anilor 2022-2023* nu sunt de natura măsurilor precizate de legiuitor la art. 171 alin. (1) –(3) 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.**

Nici invocarea dispozițiilor legale prevăzute de art. 171, pct. (5) din Legea nr. 98/2016, prin care situațiile de excludere nu se aplică operatorului economic pentru care nu a fost emisă o hotărâre rămasă definitivă a unei instanțe de judecată, nu este judicioasă în cauză, atâta vreme cât, condiția de neaplicare este menționată la subpunctul b)... *expirarea unei perioade de 3 ani de la data apariției situației, savarsirii faptei sau producerii evenimentului relevant*, iar în speța de față nu sunt incidente dispozițiile amintite, documentul constatator fiind emis de Spitalul de (...) "(...)" Valea Iașului la data de 04.01.2022, astfel nu a expirat perioada de 3 ani, prevăzută de dispozițiile legale amintite.

Nici invocarea de către STEDYAN COM S.R.L. în răspunsul furnizat a faptului că:

"(...) nu am produs prejudicii materiale cuantificabile și nu am încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce ne reveneau în cadrul unui contract de achiziție publică încheiat anterior";

„Prejudicii: nu exista”. Problemele aparute în timpul derulării contractului au fost rezolvate pe cale amiabilă”;

"(...) se menționează că nu sunt cuantificate prejudicii, iar la momentul respectiv problemele aparute s-au rezolvat pe cale amiabilă

nu sunt judicioase, atâta vreme cât în contextul în care se constată caracterul repetat al încălcării unor obligații contractuale și emiterea unor documente constatatoare din care rezultă neîndeplinirea obligațiilor principale de livrare a produselor, prin încetarea de drept a unui contract subsecvent, situație care a condus la perturbarea activității respectivelor autorități contractante, prejudiciile există, chiar dacă nu a fost posibilă cuantificarea lor.

În cuprinsul Deciziei civile nr. 3583/25.09.2017, a Curții de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, s-a reținut, în

referire la interpretarea art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, similar art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 [...]

Faptul că STEDYAN COM S.R.L. se bucură de o bună reputație, dovadă fiind documentele constatatoare și recomandările privind modalitatea conformă de executare a obligațiilor asumate în alte contracte de achiziție publică și respectiv faptul că a avut și are în derulare contracte subsecvente semnate cu emitenții certificatelor constatatoare reclamate pe parcursul anilor 2022-2023 nu este în măsură să oblige achizitoarea din prezenta cauză să treacă peste situația de fapt prezentată sau să accepte ca suficiente probele administrate, respectiv ca fiind o dovadă a faptului că STEDYAN COM S.R.L. nu a încălcat art. 167 din Legea 98/2016 și nu a produs prejudicii materiale cuantificabile și nu a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce îi reveneau în cadrul unui contract de achiziție publică încheiat anterior.

Mai mult, argumentele aduse în răspunsul furnizat nu sunt în sensul dovezilor prevăzute de art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, care să demonstreze adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional.

Toate riscurile ce decurg din întocmirea ofertei aparțin ofertanților, autoritatea contractantă trebuind să realizeze evaluarea ofertelor pe documente și informații care pot fi probate, și nu pe asigurările date de un ofertant.

În acest context, în acord cu principiile sub care se desfășoară procedura de achiziție, în special cel al proporționalității, Consiliul apreciază că achizitoarea trebuie să continue clarificarea cu ofertanta prin efectuarea demersurilor pentru obținerea informațiilor și dovezilor necesare evaluării ofertei.

Reține Consiliul faptul că la art. 171 din același act normativ, legiuitorul a prevăzut că orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167, deci, inclusiv în situațiile reglementate de literele g) și h), 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.

Având în vedere dispozițiile legale mai sus redate, Consiliul reține că prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) nu trebuie utilizate ca un instrument de excludere a oricărui operator economic care a greșit la un moment în contextul îndeplinirii unui contract, cu atât mai mult cu cât este posibil să existe o culpă comună a autorității contractante și executantului. Astfel, aprecierea lăsată la latitudinea autorității contractante nu trebuie interpretată ca fiind echivalentă cu un drept ce poate fi exercitat în orice condiții, sau că existența documentului constatator, conduce, de drept, la respingerea ofertantului.

Sub acest aspect, Consiliul are în vedere că orice decizie cu privire la admiterea sau respingerea ofertei depuse de ofertanta STEDYAN COM S.R.L., trebuie luată de membrii comisiei de evaluare, doar după analizarea situației concrete și a justificărilor oferite de acest ofertant, cu luarea în considerare a dispozițiilor legale amintite.

Or, pe lângă faptul că punctul de vedere este un act întocmit în procedura de remedii, iar nu unul emis de comisia de evaluare în procesul de atribuire, Consiliul observă că de niciunde nu rezultă că acesta are la baza un

act asumat de membrii comisiei în acord cu atribuțiile stabilite în sarcina lor de art. 127 din H.G. nr. 395/2016.

Așadar se impune consemnarea unei analize punctuale a membrilor comisiei care să permită verificarea aspectelor (*evaluarea măsurilor luate de operatorul economic care au condus la decizia achiziției de a aprecia că sunt suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității acestuia*) care au condus la legalitatea admiterii participării ofertantei STEDYAN COM S.R.L.

Totodată, se reține că această verificare nu poate fi realizată de Consiliu, întrucât s-ar subroga atribuțiilor comisiei de evaluare, sens în care sunt redate considerentele reținute în Decizia civilă nr. 525/11.09.2019 de Curtea de Apel București într-o cauză având ca parte chiar pe contestatorul de față, și anume:

În altă ordine de idei, instanța este de acord cu punctul de vedere al petentei în sensul că din coroborarea dispozițiilor legale incidente reiese faptul că analiza îndeplinirii cumulative a prevederilor art. 167 alin. 1 lit. g și implicit h din Legea nr. 98/2016, nu putea fi făcută direct de către CNSC, cu ocazia soluționării contestației, pe această cale putând numai fi verificată legalitatea și temeinicia deciziei autorității contractante luate în urma analizei verificării credibilității operatorului, potrivit prevederilor art. 171 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016. [...]

Vizavi de necesitatea excluderii operatorului economic pentru completarea în mod incorect a formularului DUAЕ și declararea falsă a informațiilor vizavi de situațiile de excludere, cu incidența dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. h) și i) din Legea nr. 98/2016, se reține că, astfel cum a precizat STEDYAN COM S.R.L. în cuprinsul răspunsului furnizat, nu rezultă intenția societății de a ascunde informațiile vizavi de obligațiile din cele 4 certificate constatatoare, rezultând doar că aceasta a apreciat că nu sunt întrunite condițiile prevăzute pentru a declara certificatele în formularul DUAЕ în secțiunea C.

Neprecizarea în formularul DUAЕ a situației societății raportat la cele patru documente constatatoare nu a fost o omitere intenționată, fiind determinată de certitudinea ofertantei că nu se află în situațiile de excludere prevăzute de dispozițiile legale.

Prin urmare, operatorul economic nu trebuia exclus din procedură pentru incidența dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. h) și i) din actul normativ amintit, ci trebuiau inițiate de către autoritatea contractantă demersuri pentru obținerea informațiilor vizavi de obligațiile încălcate care au determinat emiterea documentului constatator și de dovezi prin care ofertantul să își demonstreze credibilitatea *prin raportare la motivele de excludere*.

Ulterior analizării documentelor primite, autoritatea contractantă urma să stabilească dacă măsurile luate demonstrează credibilitatea ofertantei și le apreciază suficiente, astfel încât înțelege să intre într-o relație contractuală de încredere cu aceasta.

Așadar se impune consemnarea unei analize punctuale a membrilor comisiei care să permită verificarea aspectelor (*evaluarea măsurilor luate de operatorul economic care au condus la decizia achiziției de a aprecia că sunt suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității acestuia*) care au condus la legalitatea admiterii participării ofertantei STEDYAN COM S.R.L.

O asemenea interpretare este susținută și de jurisprudența națională, relevantă fiind reținută Decizia nr. 93/01.02.2021, emisă de Curtea de Apel Alba Iulia, unde instanța, având a analiza aplicabilitatea temeiului legal aplicabil achizițiilor sectoriale, corespondent art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, a consemnat „cu toate acestea, în situația în care un participant la procedură a omis a face trimitere la unele documente constatatoare, în sensul prevederilor art. 180 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 99/2016, cum este și cazul în speță, norma legală îi dă posibilitatea să-și dovedească credibilitatea, o eventuală excludere automată, fără nicio explicație, ar fi adoptată cu exces de putere de către autoritatea contractantă, fiind o măsură disproporționată”. [...]

Concluzionând, criticile analizate vor fi admise în limitele celor expuse, respectiv prin obligarea autorității contractante la clarificarea situației constatate, și în funcție de rezultatul acestor verificări, să se decidă, argumentat, asupra incidenței/neincidenței art. 167 alin. (1) lit. g), h) și i) coroborate cu cele ale art. 171 din Legea nr. 98/2016 vizavi de ofertanta STEDYAN COM S.R.L.»

Totodată, se reține că, în acord cu cele dispuse de Consiliu prin decizia anterior emisă nr. 1633/C7/1820 din data de 14.07.2023, autoritatea contractantă a solicitat clarificări ofertantei (...) prin adresa nr. 29757/04.08.2023, iar aceasta a răspuns prin adresa nr. 4320/09.08.2023.

Astfel, prin adresa amintită i s-au solicitat contestatoarei următoarele: "... clarificări privind situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire:

În baza Deciziei Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor nr. 1633/C7/1820 din data de 14.07.2023, la contestația nr. 375/A/30.06.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 35562/03.07.2023, depusă de SC (...) SRL și având în vedere răspunsul dumneavoastră la solicitarea de clarificări nr. 20477 din data de 26.05.2023, **vă solicităm să prezentați documente justificative în sensul celor despre care se face vorbire la art. 171, alin. (3), din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, care pot consta, fără a se limita, la următoarele categorii: documente emise de autoritățile contractante care au publicat respectivele certificate constatatoare, care să dovedească înlăturarea motivelor care au determinat emiterea acestor certificate; documente proprii pentru adoptarea măsurilor concrete la nivel tehnic și organizațional; orice alte documente relevante.**

Documentele justificative vor face referire la toate documentele constatatoare emise de autoritățile contractante până la data transmiterii răspunsului dumneavoastră.

Documentele prezentate trebuie să convingă autoritatea contractantă că măsurile luate de operatorul economic aflat într-una din situațiile de excludere sunt suficiente pentru a demonstra în concret credibilitatea prezentă a ofertantului, potrivit art. 171 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

Răspunsul dumneavoastră, semnat cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii acreditat, va fi transmis în SEAP până la data de 09.08.2023, inclusiv."

Acestei solicitări, ofertanta a prezentat următorul răspuns:

"... 1. La începutul anului 2022 am câștigat o procedură de achiziții publice organizată de B.A.G.R pentru furnizarea produsului ulei de floarea soarelui la toate penitenciarele de pe teritoriul României. Va amintim ca la începutul anului 2022 a fost declanșată o criza mare în ceea ce privește uleiul din cauza izbucnirii războiului din Ucraina, fapt ce a dus la limitarea cantităților vândute de furnizorii noștri. Am fost obligați la rândul nostru, la acel moment, să diminuăm și noi cantitățile livrate către penitenciare astfel încât să nu ajungem în situația de a opri livrarea uleiului. Așa s-a întâmplat și la cele două unități din subordinea BAGR, Școala Națională de Pregătire a Agenților de Penitenciar Targu Ocna și Penitenciarul Focșani, care au emis documentele constatatoare AD1068954 și AD1068954 în care sunt evidențiate cantitățile nelivrate dar în care nu se regăsesc stipulate eventuale prejudicii.

Demonstrăm ca cele două autorități contractante nu au considerat drept încălcări grave întârzierile la livrările de ulei și ca motivele emiterii documentului constatator au fost înlăturate, prin încheierea cu acestea a unor acorduri cadru în lunile imediat următoare ale anului 2022.

Dacă nu eram considerați o firmă de încredere eram eliminați de către autoritățile contractante în procedurile de atribuire organizate de acestea.

Atașăm la prezenta documentele constatatoare și contractele.

2. Cu Penitenciarul Gaesti Societatea noastră a semnat Acordul-Cadru nr. 24952/04.02.2022 având ca obiect furnizarea de cartofi de toamnă.

Primul contract subsecvent nr. 25156 /07.02.2022 a fost onorat, al doilea cu nr.28923/09.03.2022 valabil până la 30.04.2022 de asemenea iar din contractul 31728/01.04.2022, valabil tot până în 30.04.2022, s-au livrat 3000 kg de cartofi până în data de 20.04.2022.

Deoarece până la sfârșitul contractului subsecvent, respectiv data 30.04.2022, au fost sărbătorile Pascale, urmate de alte zile libere legale pe perioada cărora furnizorii nu au lucrat, nu s-a mai reușit livrarea întregii cantități comandate de 5000 kg și autoritatea contractantă a emis documentul constatator AD1068525.

Demonstrăm că am înlăturat motivele emiterii Documentului constatator prin livrarea ulterioară a cantităților de cartofi restante prin contractele subsecvente ulterioare, pe care le anexăm prezentei. De asemenea în lunile următoare am încheiat un nou acord cadru pentru acest produs.

3. Spitalul de (...) "(...)" Valea Iașului, a emis documentul constatator nr. AD1060212 pentru faptul că societatea noastră nu a mai putut susține prețurile acordului cadru din 14.10.2021 din cauza faptului că pandemia de Covid 19 afectase toate sectoarele economiei, inclusiv pe cea alimentară. Documentul constatator este contestat la Tribunalul Argeș, conform portalului instanței de judecată și la data depunerii documentelor la procedura organizată de dumneavoastră, nu există o hotărâre definitivă și irevocabilă. Dacă instanța hotărăște că Spitalul de (...) are dreptate atunci vom achita prejudiciul de 755 lei solicitat de aceasta drept prejudicii.

Societatea noastră și-a îmbunătățit permanent procedurile de ofertare contractare și livrare astfel încât clauzele contractelor semnate să fie respectate pentru a evita posibila apariție a conflictelor comerciale cu partenerii noștri.” Au fost depuse documente în susținerea celor precizate.

În aceste condiții, autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare a încheiat procesul – verbal nr. 32734/30.08.2023, privind evaluarea propunerilor financiare, inclusiv verificarea conformității acestora cu propunerile tehnice, în care cu referire la oferta (...), pentru lotul 7, s-au făcut constatări din care sunt reținute următoarele: "... Așadar, determinantă în excluderea din procedură a operatorului economic nu este existența documentului constatator, ci verificarea faptului că acest document reflectă îndeplinirea cumulativă a condițiilor regăsite la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, excluderea operând numai dacă sunt îndeplinite condițiile legale invocate.

Pe de altă parte, prin prevederile de la art. 171 alin. (1), alin. (2) și alin. (3), Legea nr. 98/2016 a stabilit dreptul și posibilitatea operatorului economic de a răsturna concluziile rezultând din incidența unui caz de excludere, prin furnizarea de dovezi care să arate că măsurile pe care le-a luat sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivul de excludere. În prezența unor astfel de dovezi, pe care autoritatea contractantă să le considere suficiente, aceasta având posibilitatea legală de a nu exclude operatorul economic respectiv.

Rezultă, așadar, că legea a reglementat posibilitatea ca, chiar și în condițiile existenței reale a unui caz de excludere, operatorul economic să își poată demonstra, în concret, credibilitatea prin raportare la motivul de excludere, evitând astfel eliminarea sa din competiție.

Revenind la speță, din documentele depuse, rezultă că autoritatea contractantă trebuie să își exercite dreptul de apreciere în limitele impuse de lege, în sensul că are posibilitatea de a exclude sau, dimpotrivă, de a păstra operatorul economic în procedură, în cazul în care s-a făcut dovada că au fost adoptate măsuri concrete și adecvate, suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

Raportat la textele de lege citate și la considerentele expuse mai înainte, verificarea pe care autoritatea contractantă o realizează trebuia să aibă în vedere obținerea de informații și documente care să îi permită să stabilească dacă, în cazul acestei oferte, sunt îndeplinite condițiile cumulative pentru excluderea reglementată la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016. (...)

Ca și la punctul precedent, se poate admite că și în acest caz, comisia de evaluare a ofertelor nu poate aprecia gravitatea abaterii semnalate în certificatul constatator, întrucât argumentele aduse de ofertant prin răspunsul la solicitarea de clarificări nu sunt în sensul dovezilor prevăzute de art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, care să demonstreze adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal.

Toate riscurile ce decurg din întocmirea ofertei aparțin ofertanților, autoritatea contractantă trebuind să realizeze evaluarea ofertelor pe documente și informații care pot fi probate, și nu pe asigurările date de un ofertant.

Comisia de evaluare a ofertelor consideră că, atât prin răspunsul de la punctul 1, cât și prin cel de la punctul 2, ofertantul nu demonstrează că are capacitatea de a furniza produsele care fac obiectul prezentei proceduri de atribuire. (...)

Potrivit art. 171 din Legea nr. 98/2016, alin. (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:*

a) dacă, în cazul faptelor prevăzute la art. 164, a expirat o perioadă de 5 ani de la data hotărârii definitive de condamnare;

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.

Invocarea dispozițiilor legale prevăzute de art. 171, pct. (5) din Legea nr. 98/2016, prin care situațiile de excludere nu se aplică operatorului economic pentru care nu a fost emisă o hotărâre rămasă definitivă a unei instanțe de judecată, nu este judicioasă în cauză, atâta vreme cât, condiția de neaplicare este menționată la subpunctul b) ... expirarea unei perioade de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant, iar în speța de față nu sunt incidente dispozițiile amintite, documentul constatatator emis de Spitalul de (...) (...) Valea Iașului la data de 04.01.2022, astfel nu a expirat perioada de 3 ani, prevăzută de dispozițiile legale amintite. (...)

Hotărârea pronunțată de instanța de fond a fost în sensul respingerii acțiunii ca nefondată. Prin Sentința civilă nr. 469/2022 din 27.09.2022 s-a pronunțat următoarea soluție: "Respinge acțiunea ca nefondată. Admite cererea reconvențională. Obligă reclamanta să plătească pârâtului penalitățile de 0,03%/zi întârziere la suma de 755,48 lei de la momentul noiembrie 2021, până la îndeplinirea efectivă a obligației. Cu apel în 30 de zile de la comunicare. Pronunțată azi 27.09.2022, prin punerea soluției la dispoziția părții, prin mijlocirea grefei instanței".

Curtea de Apel Pitești menține soluția pronunțată de Tribunalul Argeș în sensul: "Respinge apelul ca nefondat. Definitivă. Pronunțată prin punerea soluției la dispoziția părților, de către grefa instanței, astăzi 27.06.2023, la Curtea de Apel Pitești – Secția I Civilă". Soluția a fost pronunțată prin Hotărârea nr. 3892/2023 din 27.06.2023.

Având în vedere cele precizate mai sus, comisia de evaluare a ofertelor constată că SC (...) trebuia să prezinte dovezile care 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 prejudiciile cauzate, așa cum reiese din documentul constatatator.

Ca și la punctele anterioare, comisia de evaluare a ofertelor apreciază că, informațiile furnizate de ofertant nu sunt suficiente pentru susținerea capacității ofertantului de furnizare a produselor care fac obiectul prezentei proceduri de atribuire. (...)

Concluzionând cele menționate mai sus, din analiza răspunsului ofertantului la solicitarea autorității contractante de prezentare a documentelor

care să demonstreze în concret credibilitatea prezentă a ofertantului, potrivit art. 171 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, **comisia de evaluare a ofertelor consideră că informațiile insuficiente transmise de ofertant nu pot convinge autoritatea contractantă că măsurile luate de operatorul economic aflat în situații de excludere sunt suficiente pentru a demonstra credibilitatea ofertantului.** (...)

Potrivit art. 166 alin. (8) din anexa la HG nr. 395/2016, atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant pe baza unui document constatator negativ, autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, având în vedere totodată și prevederile art. 171 alin. (2) din lege. (...)

Este important de subliniat că legea permite acceptarea în procedură a unui operator economic aflat în situația de excludere care obiectul unui document constatator de felul celor prezentate pentru ofertantul SC (...), în cazul în care acesta poate furniza dovezi prin care să arate că a luat măsuri suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea, dovezi care se pot referi inclusiv la plata penalităților sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate.

În speța de față, ofertantul precizează faptul că acesta a avut și are în derulare contracte subsecvente semnate cu autoritățile emitente ale documentelor constatatoare prezentate, pe parcursul anilor 2022-2023. **Prin răspunsul formulat oferta SC (...) nu aduce nici un fel de dovezi de demonstrare a credibilității, deoarece faptul că oferta precizează că a avut și are în derulare contracte subsecvente semnate cu autoritățile emitente ale documentelor constatatoare prezentate, pe parcursul anilor 2022-2023 nu sunt de natura măsurilor precizate de legiuitor la art. 171 alin. (1) – (3) din Legea nr. 98/2016.**

În concluzie, în cazul de față, comisia de evaluare a ofertelor a considerat că erorile semnalate prin cele 4 documente constatatoare pot fi încadrate ca fiind **repetate**, încadrându-se astfel în prima teză a art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016. Pe de altă parte, comisia de evaluare a ofertelor apreciază că respectivele încălcări au condus atât la **încetarea anticipată** a unor contracte, situație care a condus la perturbarea activității respectivelor autorități contractante, cât și la **plata de daune-interese**, așa cum este cazul Documentului constatator încărcat în SEAP cu nr. AD1060212 – Alimente 07.2021, emis de SPITALUL DE (...) (...), cumulând astfel și a doua teză a art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Cele două teze ale art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 fiind întrunite, comisia de evaluare a ofertelor consideră că este necesară **excluderea operatorului** din procedura de achiziții publice, oferta acestuia fiind considerată **inacceptabilă**, conform art. 137 alin. (2) lit. b)” (pag. 11-20 din procesul - verbal).

Față de cele reținute, ca prim aspect, se constată că această analiză nu a fost preluată în raportul procedurii nr. 33179/01.09.2023, iar în comunicarea privind rezultatul procedurii nr. 33279/01.09.2023, transmisă contestatoarei, într-o foarte mică măsură.

Astfel că, prin adresa nr. 33279/01.09.2023, care cuprinde rezultatul procedurii, s-au comunicat contestatoarei motivele care au dus la respingerea ofertei sale: "... Prin prezenta că informăm că în urma evaluării ofertelor depuse la procedura mai sus menționată, Lot 7 FRUCTE ȘI LEGUME PROASPETE, oferta depusă de SC (...) a fost respinsă din cadrul procedurii de achiziție publică. **Motivele care au stat la baza deciziei:**

Comisia de evaluare a ofertelor a considerat că erorile semnalate prin cele 4 documente constatatoare pot fi încadrate ca fiind **repetate**, încadrându-se astfel în prima teză a art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016. Pe de altă parte, comisia de evaluare a ofertelor apreciază că respectivele încălcări au condus atât la **încetarea anticipată** a unor contracte, situație care a condus la perturbarea activității respectivelor autorități contractante, cât și la **plata de daune-interese**, așa cum este cazul Documentului constatator încărcat în SEAP cu nr. AD1060212 – Alimente 07.2021, emis de SPITALUL DE (...) (...), cumulând astfel și a doua teză a art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Cele două teze ale art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 fiind întrunite, comisia de evaluare a ofertelor consideră că este necesară **excluderea operatorului** din procedura de achiziții publice, oferta acestuia fiind considerată **inacceptabilă**, conform art. 137 alin. (2) lit. b) ...".

În aceste condiții, se consideră nefondată susținerea contestatoarei cu privire la faptul că autoritatea contractantă nu a realizat reevaluarea ofertei sale având în vedere și prevederile art. 171 din Legea nr. 98/2016, pe lângă cele ale art. 167 alin. (1) lit. g) din același act normativ.

Contrar celor susținute de societatea contestatoare, se constată că, atât din solicitarea de clarificări nr. 29757/04.08.2023 adresată contestatoarei, cât și din analiza efectuată de achizitoare în referire la răspunsul ofertantei s-a avut în vedere și incidența prevederilor art. 171 din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa achizitoare, după cum s-a reținut în cele de mai sus, i s-au solicitat ofertantei următoarele "... **vă solicităm să prezentați documente justificative în sensul celor despre care se face vorbire la art. 171, alin. (3), din Legea nr. 98/2016** privind achizițiile publice, **care pot consta, fără a se limita, la următoarele categorii: documente emise de autoritățile contractante care au publicat respectivele certificate constatatoare, care să dovedească înlăturarea motivelor care au determinat emiterea acestor certificate; documente proprii pentru adoptarea măsurilor concrete la nivel tehnic și organizațional; orice alte documente relevante.**"

Mai mult, prin procesul – verbal nr. 32734/30.08.2023, privind evaluarea propunerilor financiare, inclusiv verificarea conformității acestora cu propunerile tehnice, cu referire la oferta (...), pentru lotul 7, s-au constatat următoarele:

➤ "... **comisia de evaluare a ofertelor consideră că informațiile insuficiente transmise de ofertant nu pot convinge autoritatea contractantă**

că măsurile luate de operatorul economic aflat în situații de excludere sunt suficiente pentru a demonstra credibilitatea ofertantului” și

➤ **”Prin răspunsul formulat ofertanta SC (...) nu aduce nici un fel de dovezi de demonstrare a credibilității, deoarece faptul că ofertanta precizează că a avut și are în derulare contracte subsecvente semnate cu autoritățile emitente ale documentelor constatatoare prezentate, pe parcursul anilor 2022-2023 nu sunt de natura măsurilor precizate de legiuitor la art. 171 alin. (1) – (3) din Legea nr. 98/2016.**

În concluzie, în cazul de față, comisia de evaluare a ofertelor a considerat că erorile semnalate prin cele 4 documente constatatoare pot fi încadrate ca fiind **repetate**, încadrându-se astfel în prima teză a art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016. Pe de altă parte, comisia de evaluare a ofertelor apreciază că respectivele încălcări au condus atât la **încetarea anticipată** a unor contracte, situație care a condus la perturbarea activității respectivelor autorități contractante., cât și la **plata de daune-interese**, așa cum este cazul Documentului constatator încărcat în SEAP cu nr. AD1060212 – Alimente 07.2021, emis de SPITALUL DE (...) (...), cumulând astfel și a doua teză a art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Cele două teze ale art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 fiind întrunite, comisia de evaluare a ofertelor consideră că este necesară **excluderea operatorului** din procedura de achiziții publice, oferta acestuia fiind considerată **inacceptabilă**, conform art. 137 alin. (2) lit. b)”

Raportat la analiza efectuată în privința ofertei depuse de (...), pentru lotul 7, se consideră că, în mod corect autoritatea contractantă a pus în aplicare decizia Consiliului, anterior emisă, contrar celor susținute de societatea contestatoare.

Totodată, din verificarea documentelor aflate la dosarul cauzei, inclusiv solicitarea de clarificări a achizitoarei, răspunsul contestatoarei, documentele depuse de aceasta și analiza efectuată în privința acestei oferte prin procesul – verbal nr. 32734/30.08.2023, se constată că, în mod corect a fost respinsă oferta (...).

Cu toate că, având 4 documente constatatoare emise pe numele său, societatea contestatoare putea să-și demonstreze credibilitatea în urma solicitării de clarificări transmise de achizitoare, având în vedere prevederile art. 171 din Legea nr. 98/2016, aceasta nu a făcut dovada credibilității sale.

Prin răspunsul nr. 5320/09.08.2023, la solicitarea de clarificări a autorității contractante, ofertanta a prezentat acorduri-cadru/contracte încheiate cu unele dintre autoritățile emitente ale documentelor constatatoare (Penitenciarul Găiești și Școala Națională de Pregătire a Agenților de Penitenciare).

Ori, astfel cum s-a reținut prin decizia anterior emisă, acordurile – cadru și contractele nou încheiate cu unele dintre autoritățile emitente ale documentelor constatatoare, nu sunt de natura măsurilor precizate de legiuitor la art. 171 alin. (1) –(3) din Legea nr. 98/2016.

Potrivit prevederilor art. 171 alin. (1) – (3) 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.**

Având în vedere că în privința acestui aspect Consiliul s-a pronunțat deja prin decizia anterior emisă, rămasă definitivă, nefiind atacată cu plângere, nu se poate realiza o nouă analiză din acest punct de vedere.

De asemenea, în referire la Documentul constatator nr. 133/04.01.2022, emis de SPITALUL DE (...) "(...)", se constată că, potrivit informațiilor de pe portalul instanțelor de Judecată (<https://portal.just.ro/>), Tribunalul Argeș a respins, ca nefondată acțiunea reclamantei (...), împotriva acestui document constatator, prin Hotărârea nr. 469/27.09.2022 (dosarul nr. 1926/109/2022), prin care s-a pronunțat următoarea soluție: „**Respinge acțiunea ca nefondată. Admite cererea reconvențională. Obligă reclamanta să plătească pârâtului penalitățile de 0,03%/zi întârziere la suma de 755,48 lei de la momentul noiembrie 2021, până la îndeplinirea efectivă a obligației.** Cu apel în 30 zile de la comunicare. Pronunțată azi 27.09.2022, prin punerea soluției la dispoziția părții, prin mijlocirea grefei instanței”.

De asemenea, ca urmare a apelului formulat de reclamanta (...), prin Hotărârea nr. 3892/2023 din 27.06.2023, Curtea de Apel Pitești a menținut soluția pronunțată de Tribunalul Argeș astfel: „**Respinge apelul ca nefondat. Definitivă.** Pronunțată prin punerea soluției la dispoziția părților, de către grefa instanței, astăzi, 27.06.2023, la Curtea de Apel Pitești - Secția I Civilă”.

Ori, contrar celor precizate de contestatoare prin adresa de clarificare nr. 5320/09.08.2023, există o hotărâre definitivă în privința Documentului constatator nr. 133/04.01.2022, atacat în instanță, iar cu privire la acesta ofertanta nu a făcut dovada plății sau asumarea obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate conform art. 12 din respectivul document constatator, pentru a face dovada credibilității sale, în conformitate cu prevederile art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, după cum și achizitoarea a susținut.

Cât privește susținerea contestatoarei cu referire prejudiciul de 755 de lei imputat prin documentului constatator nr. AD1060212 – Alimente 07.2021, emis de Spitalul de (...) „(...)”, față de care comisia de evaluare trebuia să aibă în vedere prevederile art. 171 alin (3¹) din Legea nr. 98/2016, care cer analizarea gravității și a circumstanțelor faptei pentru care a fost emis documentul constatator, este de reținut că o astfel de responsabilitate aparține autorității contractante.

O astfel de apreciere are la bază faptul că, potrivit principiului asumării răspunderii prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă este cea care va încheia contractul de achiziție publică cu ofertanta a cărei ofertă este declarată admisibilă și câștigătoare a procedurii de atribuire a contractului de furnizare din cauza analizată.

Se determină în aceste condiții că ofertanta deși a răspuns solicitării de clarificări a autorității contractante, nu a făcut dovada credibilității sale, potrivit prevederilor art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, în condițiile existenței celor 4 documente constatatoare emise pe numele său, raportat la cele reținute prin decizia anterior emisă, nr. 1633/C7/1820/14.07.2023.

Cu toate că avea posibilitatea legală de a-și dovedi credibilitatea, având în vedere cele 4 documente constatatoare emise pe numele său, în contextul deciziei Consiliului anterior emise și a solicitării de clarificări a achizitoarei nr. 29757/04.08.2023, precum și în condițiile prevăzute de art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, societatea contestatoare nu a făcut dovada măsurilor întreprinse potrivit acestor prevederi legale.

Pentru aceste motive, nefiind constatată vreo nelegalitate în evaluarea ofertei depuse de (...), ulterior pronunțării de către Consiliu a deciziei nr. 1633/C7/1820/14.07.2023, criticile contestatoarei sunt considerate nefondate.

Astfel, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația depusă 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 (...), cu sediul în (...), în contradictoriu cu (...), în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în (...).

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.