



C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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. 712/C3/623

Data: 08.04.2021

Prin contestația nr. 32456/19.03.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 13894/19.03.2021, înaintată de SRL, cu sediul în, județul și adresă de corespondență în, înregistrată în registrul comerțului cu nr., având CUI, reprezentată legal de, consilier juridic, formulată împotriva rezultatului procedurii simplificate, lotul 6 – Cartușe de toner, organizată de autoritatea contractantă, cu sediul în, județul, în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare „Cartușe de toner, accesorii de birou, hârtie, bibliorafturi și articole de papetărie”, inițiată prin publicarea anunțului de participare simplificat nr. SCN1081907 din 11.02.2021, s-a solicitat

Prin adresa nr. /, înregistrată la Consiliu cu nr. /, ... SRL, cu sediul în, județul, înregistrată în registrul comerțului cu nr., având CUI, reprezentată legal de, director general, a înaintat Consiliului o cerere de intervenție accesorie, solicitând respingerea contestației formulate de SRL, ca neîntemeiată.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate în condițiile prevăzute la art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

**CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:**

Prin contestația nr. 32456/19.03.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 13894/19.03.2021, ... SRL atacă rezultatul procedurii simplificate,

lotul 6 – Cartușe de toner, organizată de autoritatea contractantă, considerând nelegală și netemeinică decizia autorității contractante de a declara câștigătoare oferta depusă de SRL pentru acest lot.

Contestatoarea susține că ofertantul SRL trebuia exclus din procedura de atribuire a lotului 6 în temeiul dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Contrar celor reținute de autoritatea contractantă în raportul procedurii nr. 10648/16.03.2021, potrivit căroră (...) *operatorul economic în cauză nu se face vinovat de încălcări ale prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, deoarece acesta nu și-a încălcat în mod grav și repetat obligațiile ce-i reveneau în cadrul contractelor de achiziții publice încheiate, având emis pe numele său doar un singur document constatat negativ (...), documentul constatat nr. CV19/SC/362 din 16.10.2019, emis pe numele ofertantului câștigător, relevă:*

(i) *abateri de la calitatea serviciilor: Da, contractantul nu a furnizat produsele marca, așa cum s-a angajat atât în oferta tehnică, precum și prin contract; proveniența cartușelor de toner furnizate, cât și calitatea acestora nu a putut fi dovedită;*

(ii) *încetarea de drept a contractului: Da, conform art. 30, 30.1, 30.2, 30.3, 30.4, 30.6;*

(iii) *prejudicii aduse autorității contractante (.....) pe perioada derulării contractelor: 60,61 lei dobânda legală penalizatoare conf. art. 23.3, și 41.573,30 lei daune interese conform art. 30.6.*

Într-adevăr, obligațiile ofertantului SRL nu au fost încălcate în mod repetat, însă articolul de lege prevede că acestea sunt condiții alternative. Pentru a analiza dacă încălcările au fost grave, trebuie avute în vedere strict dispozițiile art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016, iar în opinia contestatoarei, abaterile ofertantului SRL sunt mult mai grave decât întârzierile la livrare.

În plus, explicația ofertantului declarat câștigător, din cuprinsul răspunsului la solicitarea de clarificări, potrivit căreia (...) a încercat clarificarea situației, solicitând o declarație de la producătorul produselor, însă autoritatea contractantă nu a luat în considerare nicio explicație, nu poate fi reținută. Documentul constatat se bucură de prezumția de legalitate, până la proba contrarie, iar dacă operatorul economic s-a simțit neîndreptățit, putea să recurgă la calea contenciosului administrativ și să atace actul (cu atât mai mult cu cât daunele interese imputate au fost considerabile). Pe de altă parte, producătorul este tocmai SRL, astfel că putea atașa orice document.

În continuare, contestatoarea reclamă faptul că autoritatea contractantă a aplicat candidaturii sale un tratament inegal, fiind exclus de la procedură pentru existența unor documente constatatoare, deși, în răspunsul la solicitările de clarificări, a arătat că a adoptat soluții pentru evitarea unor situații similare. De altfel, există un singur

constatator negativ pentru produse cu același cod CPV ca cel al prezentei proceduri.

Prin urmare, contestatoarea solicită admiterea cererilor sale de anulare a rezultatului atacat și a procedurii de atribuire, privind lotul 6.

Prin adresa nr./....., înregistrată la Consiliu cu nr./, ... SRL a înaintat Consiliului o cerere de intervenție accesorie, solicitând respingerea contestației formulate de SRL, ca neîntemeiată.

În opinia intervenientei, autoritatea contractantă a apreciat corect faptul că singurul document constatator negativ, cu care figurează în baza de date a SEAP, la secțiunea *Documente constatatoare*, nu constituie un motiv legal pentru excluderea sa din procedură, întrucât nu indică abateri repetate.

Mai mult, dispozițiile art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016 permit autorității contractante să aprecieze gravitatea abaterii, în funcție de situația concretă și de documentele existente.

În scopul aprecierii gravității abaterii care a dus la emiterea Documentului constatator nr. CV19/SC/362 din 16.10.2019, eliberat de, autoritatea contractantă a solicitat clarificări. Analiza răspunsului, dar și verificarea întreprinsă de autoritatea contractantă, au condus la concluzia că abaterea care a determinat emiterea acestui document nu reprezintă o încălcare atât de gravă încât să se stabilească excluderea din procedură.

Nu în ultimul rând, intervenienta precizează că între producătorul și SRL nu există identitate, acestea fiind persoane juridice distincte, de naționalități diferite și care își desfășoară activitatea în țări diferite.

Prin adresa nr. 12235/25.03.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 15926/29.03.2021, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea acesteia, ca nefondată.

În fapt, autoritatea contractantă arată că, în urma verificării platformei SEAP, secțiunea *Documente constatatoare*, a constatat că SRL figurează cu Documentul constatator nefavorabil nr. CV19/SC/362 din data de 16.10.2019, emis de, privind contractul nr. 31/29.08.2019, de furnizare Cartușe de toner, iar SRL figurează cu următoarele documente constatatoare nefavorabile: (i) Documentul constatator nr. CV19/PI/110 din data de 16.04.2020, emis de, privind contractul nr. 6/17.02.2020, de furnizare Cartușe de toner; (ii) Documentul constatator nr. 7 din data de 19.09.2019, emis de, privind contractul nr. 208/05.09.2019, de furnizare produse lot 2 Licențe Office, respectiv (iii) Documentul constatator nr. 7009 din data de 27.05.2019, emis de privind contractul nr. 734/22.02.2019, de furnizare Echipamente, Piese de schimb, Subansambluri, Accesorii de TC și IT.

Privitor la ofertantul SRL, comisia de evaluare a constatat, în urma analizării documentelor și răspunsului la solicitarea de clarificări, că acesta și-a încălcat în mod grav și repetat obligațiile ce-i reveneau în cadrul contractelor de achiziții publice încheiate, aspect ce a condus la excluderea sa din procedură în temeiul dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Deși a declarat că a angajat personal suplimentar pentru a nu mai ajunge în situația de a avea întârzieri în executarea contractelor (cu trei mai mult "în anul 2018-2019"), ofertantului SRL i-au fost întocmite, în continuare, documente constatatoare nefavorabile, pentru abateri de la calitatea produselor, încetarea de drept a contractelor, prejudicii aduse autorităților contractante, documentele datând din anul 2020.

De altfel, arată autoritatea contractantă, ofertantul SRL a mai fost exclus de la o procedură similară în anul 2019, deoarece, și la acea vreme, figura în baza de date cu documente constatatoare nefavorabile, altele decât cele menționate anterior. Aceleași măsuri de prevenire a eventualelor încălcări contractuale le-a susținut contestatoarea și atunci. Ele, însă, nu au fost suficiente, fapt demonstrat de documentele constatatoare nefavorabile emise de diferite autorități contractante, după adoptarea măsurilor.

În plus, în lipsa contestării documentelor constatatoare, acestea se bucură de prezumția de legalitate.

În ceea ce-l privește pe ofertantul SRL, comisia de evaluare a considerat că acesta nu a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile ce-i reveneau în cadrul contractelor de achiziții publice încheiate, motiv pentru care oferta sa a fost declarată admisibilă.

În sprijinul acestei decizii au venit răspunsul transmis de SC SRL la solicitările de clarificări privind motivele emiterii singurului documentului constatator nefavorabil, dar și faptul că acest ofertant a finalizat în condiții bune, în anul 2019-2020, un acord-cadru de furnizare tonere, fără întârzieri în livrare sau probleme legate de calitatea produselor livrate.

Considerând că nu a fost încălcat în niciun fel principiul tratamentului egal, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației "ca nefondată și neîntemeiată".

Cu adresa nr. 32526/29.03.2021, înregistrată la CNSC cu nr. 15949/29.03.2021, ... SRL a transmis Consiliul, în copie, o serie de documente constatatoare privind neîndeplinirea de către SRL a obligațiilor contractuale.

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

..... a inițiat, la 11.02.2021, o procedură simplificată, pe loturi, în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare „Cartușe de toner, accesorii de birou, hârtie, bibliorafturi și articole de papetărie”, prin

publicarea anunțului de participare nr. SCN1081907 și a documentației de atribuire.

Considerând nelegală și netemeinică decizia autorității contractante de a declara câștigătoare oferta depusă de SRL pentru lotul 6 – Cartușe de toner, ... SRL a formulat contestația de față, solicitând anularea raportului procedurii nr. 10648/16.03.2021 și anularea procedurii pentru acest lot.

Preliminar analizei cauzei, Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 611 alin. (22) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea a înaintat recipisele de consemnare a cauțiunii nr. 207089862/1, în valoare de 1.493 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala, în data de, respectiv nr. 207095532/1, în valoare de 143 lei, emisă de CEC Bank – Unitatea Horea, în data de 25.03.2021,

De asemenea, Consiliul reține că, în speță, a fost înaintată, de către SRL, o cerere de intervenție accesorie, prin care solicită respingerea contestației formulate de SRL, ca neîntemeiată.

La analiza condițiilor de formulare a intervenției, în raport cu prevederile coroborate ale art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și ale art. 64 din Codul de procedură civilă, Consiliul constată admisibilitatea ei în principiu, autoarea acesteia având interesul de a-i fi menținută oferta în competiție, ce a fost considerată admisibilă și câștigătoare, de către autoritatea contractantă. Având în vedere că intervenientul sprijină apărările autorității contractante, Consiliul va califica intervenția voluntară ca accesorie, conform art. 63 alin. (1) din Codul de procedură civilă, urmând a asigura analiza ei conform art. 67 din același cod.

Disputa părților privește modalitatea de aplicare a regulilor din Legea nr. 98/2016, privitoare la excluderea din procedură a operatorului economic pentru motivul regăsit la art. 167 alin. (1) litera g): *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.

Se are în vedere că autoarea criticilor pretinde un tratament inegal acordat ofertantului desemnat câștigător (intervenientă), deși s-ar fi aflat într-o situație similară cu a sa, adică ar fi fost vinovat de încălcarea unor obligații contractuale ce ar fi trebuit să conducă la excluderea din competiție. În speță, părțile nu neagă existența unor abateri, dar încearcă circumstanțierea lor, în sensul probării absenței condițiilor cumulative care conduc la excludere, adică, fie a absenței repetabilității conduitelor necorespunzătoare, fie a absenței gravității

acestora, care s-ar proba prin neînregistrarea unor prejudicii pentru achizitori și/sau prin măsuri proactive de organizare internă.

Or, la analiza situației de fapt, Consiliul constată că autoritatea contractantă (prin comisia de evaluare a ofertelor) a reținut că ambii ofertanți au, în legătură cu diferite contracte de achiziție publică, documente în care ar fi certificată o executare neconformă a obligațiilor contractuale. Astfel, au fost solicitate informații de detaliu, privind condițiile în care s-au emis "certIFICATELE negative" la care fac trimitere părțile, dând valoare practică dispozițiilor coroborate de la art. 168 și art. 171 alin. (1) – (3¹) din Legea nr. 98/2016:

Art. 168. - (1) Autoritatea contractantă are obligația de a accepta ca fiind suficient și relevant pentru demonstrarea faptului că ofertantul/candidatul nu se încadrează în una dintre situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, orice document considerat edificator, din acest punct de vedere, în țara de origine sau în țara în care ofertantul/candidatul este stabilit, cum ar fi certificate, caziere judiciare sau alte documente echivalente emise de autorități competente din țara respectivă.

Art. 171. - (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.

Astfel, existența unei singure abateri, în cazul ofertantului desemnat câștigător, concomitent cu existența mai multor astfel de abateri, în cazul contestatoarei, a determinat autoritatea contractantă să aprecieze că primul nu și-a încălcat obligațiile contractuale în mod repetat, spre deosebire de SC SRL, care "a continuat an de an să primească documente constatatoare negative", inclusiv după adoptarea unor măsuri organizatorice interne.

Consiliul consideră că aprecierile autorității contractante au avut la bază principiul proporționalității, în condițiile în care, formal, ambele oferte ar fi afectate de existența cel puțin a unui document constatator al nerespectării unor clauze contractuale.

Evaluarea pretinsă de contestatoare, în sensul analizei numărului total de contracte executate conform, în raport cu cel al contractelor pentru care a primit aprecieri negative, nu prezintă relevanță în cauză, autoritatea contractantă având a analiza, comparativ, situația de excludere, pe un motiv similar, în care se află ambii ofertanți, în raport cu circumstanțele individuale ale acestora.

Este indubitabil că, sub aspectul repetabilității conduitei neconforme, situația contestatoarei nu este similară celei a intervenientei (cu o singură abatere), măsurile de reorganizare internă, invocate de prima, nefiind considerate de achizitor ca suficiente pentru dovedirea credibilității ofertantului, în sensul evocatelor prevederi ale alin. (2)-(3) din cuprinsul art. 171 al Legii nr. 98/2016.

Aceste motivații au fost prezentate detaliat contestatoarei, în cuprinsul adresei nr. 10648/16.03.2021, respectând prevederile alin. (3²) al aceluiași articol al legii: *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.*

Relevant, sub aspectul proporționalității măsurii de excludere, este și modul în care a statuat, relativ recent (dar nu numai), CJUE, în cazul unei decizii privind o cerere preliminară, relativ la gradul de apreciere pe care îl deține achizitorul asupra gravității faptei imputate operatorului economic exclus, respectiv cauza C 267/18, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA împotriva Companiei Naționale de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA (concluzii prealabile-pct. 26-27):

26. Această posibilitate de care dispune orice autoritate contractantă de a exclude un ofertant de la o procedură de achiziție publică este menită în special să îi permită să aprecieze integritatea și

fiabilitatea fiecăruia dintre ofertanți. În special, cauza facultativă de excludere menționată la articolul 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24 coroborat cu considerentul (101) al acestei directive are la bază un element esențial al relației dintre ofertantul câștigător și autoritatea contractantă, și anume fiabilitatea ofertantului, pe care se întemeiază încrederea acordată acestuia de autoritatea contractantă (a se vedea în acest sens Hotărârea din 19 iunie 2019, Meca, C 41/18, EU:C:2019:507, punctele 29 și 30).

27. Stabilirea unei relații de încredere între autoritatea contractantă și ofertantul câștigător presupune, așadar, ca această autoritate contractantă să nu fie în mod automat ținută de aprecierea făcută, în cadrul unui contract de achiziții publice anterior, de o altă autoritate contractantă, în special pentru a fi în măsură să acorde o atenție deosebită principiului proporționalității la momentul aplicării cauzelor facultative de excludere (a se vedea în acest sens Hotărârea din 19 iunie 2019, Meca, C 41/18, EU:C:2019:507, punctele 30 și 32). Astfel, acest principiu impune ca autoritatea contractantă să examineze și să aprecieze ea însăși faptele. [...].

În speța de față, considerând corecte deciziile autorității contractante, în privința celor două oferte din dispută, neexistând motive de anulare a rezultatului procedurii sau a întregii proceduri, Consiliul va respinge contestația, ca nefondată, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016. În același timp, menținând actualul rezultat al procedurii (privind lotul 6), Consiliul va admite cererea de intervenție accesorie, în favoarea autorității contractante.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite în principiu cererea de intervenție accesorie, în favoarea autorității contractante, formulată de SRL.

Respinge, ca nefondată, contestația SRL împotriva rezultatului procedurii (aferent lotului 6) inițiate prin anunțul de participare nr. SCN1081907 din 11.02.2021, formulată în contradictoriu cu

Admite cererea de intervenție accesorie, în favoarea autorității contractante și menține actualul rezultat al procedurii.

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

PREȘEDINTE,

....

MEMBRU,

....

OPINIE SEPARATĂ,

Contrar soluției exprimate de majoritatea membrilor completului – de respingere, ca nefondată, a contestației SRL și de admitere a cererii de intervenție aparținând SRL –, opinăm că aceasta nu este în concordanță cu principiile și dispozițiile legale în vigoare, ci dimpotrivă, în contradicție cu acestea, având în vedere următoarele considerente:

În esență, starea factuală relevă că oferta societății reclamante a fost exclusă din procedura de atribuire din cauză că a încălcat în mod grav și repetat obligațiile contractuale, pe baza a trei documente constatatoare negative, iar oferta concurentă, aparținând SRL, a fost admisă și declarată câștigătoare, cu toate că este în aceeași situație, pretinde reclamanta.

Niciuna dintre părți nu tăgăduiește că SRL deține un document constatator „negativ”, din partea, respectiv documentul nr. CV19/SC/362/16.10.2019, care probează încetarea de drept a contractului nr. 31/29.08.2019, din cauză că societatea nu a furnizat produsele marca, iar proveniența cartușelor de toner furnizate și calitatea lor nu au putut fi dovedite. Cu titlu de prejudicii, sunt indicate 60,61 lei (dobânda legală penalizatoare) și 41.573,30 lei (daune-interese).

În aparență, situația expusă se pliază întocmai celei de la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 [în redactarea aplicabilă achiziției]:

Art. 167. - (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 **încălări**

au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile;

[...]

(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.

Nu reiese că documentul constatator – valabil juridic indiferent dacă este ori nu postat în SEAP –, semnat de cinci persoane, ar fi fost atacat în justiție și suspendat sau anulat.

În acest context, Direcției Generale de Asistență Socială și Protecția Copilului îi revenea obligația de pune în aplicare următoarele dispoziții ale aceluiași act normativ:

Art. 171. - (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.

În procesul de evaluare a ambelor oferte (..... SRL și SRL), autoritatea achizitoare s-a limitat să solicite explicarea împrejurării și a motivelor care au condus la emiterea documentului constatator, fără a ține seama de rigorile precitate ale legii achizițiilor publice. Plecând de la această neatenție, nici răspunsul simplist transmis de către SRL nu acoperă respectivele rigori, întrucât nu cuprinde nicio măsură luată societate și dovedită în conformitate cu alin. (3) redat. Declarația producătorului, atașată răspunsului, nu constituie o asemenea măsură luată de SRL.

Astfel fiind, pentru respectarea cu adevărat a legii, autoritatea era obligată să ceară dovezile enumerate la alin. (3) și să evalueze temeinic răspunsul solicitat. Totodată, trebuie observat că atât SRL, cât și SRL, în propriile DUAE, nu au indicat existența vreunei abateri, deși aveau această obligație. Este limpede că nu au

completat conform realității propriul DUAЕ, mai precis au bifat „NU”, în loc de „DA”, la secțiunea C - Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale, subpunctul „Încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile”. Știind că există cel puțin un contract de achiziție publică încetat anticipat de către o autoritate contractantă, din motive imputabile SRL și, mai mult, că i-a și fost emis un document constatator „negativ”, înaintea participării la această procedură de atribuire, societatea amintită trebuia să menționeze în DUAЕ această situație, nu să bifeze „NU”.

Modelul DUAЕ, regăsit și în Ordinul nr. 1.017/2019 privind aprobarea structurii, conținutului și modului de utilizare a Documentației standard de atribuire a contractului de achiziție publică/sectorială de produse, precum și a modalității de completare a anunțului de participare/de participare simplificat, la secțiunea C - Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale, cuprinde mențiunea: „Operatorul economic se află într-o situație în care un contract de achiziții publice anterior, un contract anterior încheiat cu o entitate contractantă sau un contract de concesiune anterior a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni comparabile în legătură cu respectivul contract anterior?” cu rubricile „☐ Da” și „☐ Nu”, față de care SRL, cum s-a stabilit, trebuia să bifeze rubrica „☐ Da”, pentru a corespunde adevărului. Omisiunea presupunea interpretarea ei de către autoritatea achizitoare prin prisma incidenței art. 167 alin. (1) lit. h) și i) din Legea nr. 98/2016.

Noțiunea „abateră gravă” trebuie să fie înțeleasă ca referindu-se, în mod normal, la un comportament al operatorului economic în cauză care denotă o intenție culpabilă sau o neglijență de o anumită gravitate din partea sa. Astfel, orice executare incorectă, imprecisă sau defectuoasă a unui contract sau a unei părți din acest contract poate demonstra, eventual, o competență profesională limitată a operatorului economic în cauză, dar nu echivalează în mod automat cu o abatere gravă. În plus, constatarea existenței unei „abateri grave” necesită, în principiu, *efectuarea unei aprecieri concrete și individualizate a atitudinii operatorului economic în cauză*. – sunt paragrafe din Hotărârea din 13 decembrie 2012 a Curții de Justiție a Uniunii Europene, cauza C-465/11, Forposta SA, ABC Direct Compact sp. z o.o împotriva Poczta Polska S.A., reiterate de Curtea Constituțională a României în Decizia nr. 498 din 4 iulie 2017.

Posibilitatea de care dispune orice autoritate contractantă de a exclude un ofertant de la o procedură de achiziții publice este menită în special să îi permită să aprecieze integritatea și fiabilitatea fiecăruia dintre ofertanți (a se vedea în acest sens Hotărârea din 19 iunie 2019, Meca, C-41/18, punctul 29). Așadar, și beneficia de o anumită doză de apreciere a integrității și fiabilității fiecăruia dintre ofertanți cu documente constatatoare „negative”, însă cu respectarea normelor redată mai sus.

În speța de față, se impunea ca poziția Consiliului să fie în direcția obligării autorității contractante să își respecte obligațiile legale de solicita și analiza dovezile necesare, precum și, de a ține seama, extrem de important, de toate documentele constatatoare ale SRL, pentru a nu favoriza această societate, pentru care contestatoarea a depus la Consiliu alte patru asemenea documente. Așadar, dacă și acestei societăți i-au fost emise mai multe documente constatatoare negative, precum reclamantei, autoritatea era ținută să îi aplice același tratament, pentru a nu o favoriza, mai cu seamă știind că a avut anterior în derulare un contract cu aceeași firmă. În conformitate cu o jurisprudență constantă a Curții de la Luxemburg, principiul general al egalității de tratament, în calitate de principiu general al dreptului Uniunii, impune ca situații comparabile să nu fie tratate în mod diferit și ca situații diferite să nu fie tratate în același mod, cu excepția cazului în care un astfel de tratament este justificat în mod obiectiv (ex pluribus, Hotărârea din 16 decembrie 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine și alții, C-127/07, EU:C:2008:728, punctul 23).

Potrivit art. 169 din legea amintită, autoritatea contractantă exclude un operator economic *în orice moment al procedurii de atribuire în care ia la cunoștință* că operatorul economic se află, având în vedere acțiunile sau inacțiunile săvârșite înainte sau în cursul procedurii, în una dintre situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire, însemnând că excluderea se poate întemeia și în urma unei proceduri de contestare în care se relevă existența altor documente constatatoare „negative”, despre existența cărora autoritatea nu știa.

Față de ansamblul considerentelor expuse în paginile de mai sus, se constată că evaluarea ofertei în discuție s-a bazat pe o interpretare superficială și contrară art. 171 din partea comisiei evaluatorii, ceea ce conduce la nerespectarea dispozițiilor legale în vigoare, situație în care critica societății contestatoare privind nelegalitatea admiterii ofertei concurente apare a fi fondată. În consecință, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul trebuia să admită contestația SRL nr. 32456/19.03.2021, în contradictoriu cu, să anuleze actele de evaluare și să oblige autoritatea contractantă la reevaluarea respectivei oferte, precum și la emiterea unui nou act de evaluare, cu respectarea celor ce preced, a legislației privind achizițiile publice și a cerințelor din documentația de atribuire, la lotul 6. Corelativ, cererea de intervenție depusă de SRL trebuia respinsă pe fond.

Pentru toate aceste rațiuni nu am putut subscrie opiniei majorității, considerând totodată necesar să formulăm prezenta opinie separată.

MEMBRU,

.....

