

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. ...

Data: ...

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C cu nr. 7612/07.02.2024, formulată de către ... SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF, reprezentată legal de ..., în calitate de administrator, împotriva raportului procedurii nr. 20895/31.01.2024 și a adresei nr. 20947/30.01.2024, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, acte emise de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii prin licitație deschisă, derulată online, în vederea încheierii acordului-cadru, având ca obiect: „...”, ..., cod CPV 15331400-1 (Rev. 2), ..., anunț de participare nr. ..., s-au solicitat următoarele: *„anularea actelor contestate, declararea ofertei ... SRL ca admisibilă și reluarea procedurii.”*

În luarea deciziei asupra
cauzei de față,

Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor
reține următoarele:

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C cu nr. 7612/07.02.2024, societatea ... SRL arată că oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă *„în conformitate cu art. 134 alin. (5) din HG 395/2016 cu modificările și completările ulterioare, având în vedere că răspunsurile la solicitările de clarificări au fost neconcludente, mai exact din acestea nu reies măsurile luate în vederea apariției unor situații similare.”*

Contestatoarea menționează că, anterior, autoritatea contractantă i-a solicitat, prin adresa nr. 28880/BAGRB/02.11.2023, să prezinte măsurile luate pentru evitarea unei situații de încetare anticipată a acordului-cadru, așa cum se întâmplase cu acordul-cadru nr. 21768/08.03.2023, pentru furnizarea de ulei de floarea soarelui.

Societatea ... SRL susține că a răspuns prin adresa nr. 4996/03.11.2023 astfel:

„- Creșterea prețului la ulei, în anii 2020-2022, peste prognozele autorităților din România, din pricina unor situații cu totul excepționale și irepetabile, cum ar fi răspunsul autorităților la pandemie, declanșarea războiului din Ucraina, criza din sectorul energetic, constituie cauza și circumstanța esențială ce au condus la imposibilitatea de a onora acordul-cadru încheiat (pct. 3)

- A constituit stocuri, atât la noi, cât și la furnizor, prin plăți în avans, pentru produsele ce fac obiectul achiziției. (pct. 5)

- Mizăm pe o temperare a pieței, lucru arătat de toate autoritățile – Comisia Națională de Prognoză, Guvern, Banca Națională a României (pct. 5)

- Oferta depusă are o marjă ce acoperă o fluctuație mai mare de preț decât cea prognozată (pct. 6)

- Monitorizăm mai atent piețele (pct. 7)

- Subscrisa avem numai din partea penitenciarelor din România peste 271 documente constatatoare favorabile, peste 99% din contractele încheiate au fost derulate fără probleme și chiar după rezilierea acordului-cadru menționat de autoritatea contractantă am încheiat o serie de acorduri-cadru cu penitenciarele din România, toate acestea arătând că societatea noastră și-a redovedit seriozitatea. (pct. 8 și 9).

- La punctul 10 am menționat că subcris(a) nu a acționat niciodată cu rea-credință.”

Contestatoarea subliniază că toate cele de mai sus au fost considerate neconcludente de către autoritatea contractantă, fără ca societatea sa să aibă acces la detaliile acestei decizii, care, în opinia sa, este nelegală, atât din punct de vedere procedural, cât și pe fond.

Astfel, în situația de față, nefiind vorba de lipsa unor documente, adică nefiind în situația prevăzută de art. 209 din Legea 98/2016, care este coroborat cu art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, contestatoarea susține că autoritatea contractantă trebuia să aibă în vedere art. 171 alin. (3¹) și (3²) din Legea nr. 98/2016, mai ales că solicitase clarificările raportându-se la art. 171 din Legea nr. 98/2016, nu la art. 209 din Legea nr. 98/2016.

Drept urmare, subliniază că autoritatea contractantă trebuia să aprecieze cele comunicate de societatea sa prin raportare la art. 171 (3) din Legea nr. 98/2016 și să observe că societatea ... SRL nu datorează despăgubiri penitenciarelor din România. Societatea ... SRL afirmă că ori nu i s-au imputat prejudicii, ori le-a achitat, achitarea prejudiciului fiind, conform prevederilor legale amintite o dovadă de recredibilizare.

De asemenea, arată că a prezentat, așa cum reiese din adresa comunicată, ce măsuri a luat pentru ca o eventuală situație similară să nu mai conducă la rezilierea contractului, arătând că a constituit inclusiv stocuri pentru tipul de achiziție ce face obiectul procedurii, prin urmare a furnizat dovezile cerute de art. 171 (3) din Legea nr. 98/2016.

În opinia sa, dovezile pe care le-a furnizat trebuiau analizate de către autoritatea contractantă prin raportare la circumstanțele particulare ale abaterii, așa cum arată art. 171 (3¹) din Legea nr. 98/2016.

Ori, circumstanțele au fost cu totul excepționale, de tipul furtuna perfectă: pandemie și reacția panicată a autorităților, ceea ce a dus la o primă creștere excepțională a prețului la ulei, apoi seceta extremă care a diminuat producția autohtonă și a condus la un nou șoc pe piață, urmate (cele 2 situații anterioare) de criza energetică generată de războiul din Ucraina, care a condus la o creștere generală a prețurilor.

Contestatoarea consideră că autoritatea contractantă ar fi trebuit să țină cont de aceste circumstanțe și să aprecieze faptul că, așa cum societatea sa, în condiții normale, și-a achitat integral de obligațiile contractate, așa o va face și de această dată, circumstanțele de mai sus fiind irepetabile.

În concluzie, societatea ... SRL consideră că, pe fond, autoritatea contractantă a greșit, în mod vădit, în aprecierea explicațiilor sale, neraportându-se la context, fiindcă nu a urmărit prevederile art. 171 din Legea 98/2016, ci prevederile art. 209 din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce privește procedura prin care oferta sa a fost declarată inacceptabilă, contestatoarea afirmă că autoritatea contractantă a încălcat cele prevăzute la art. 171 alin. (3²) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, subliniază că autoritatea contractantă a menționat în raportul procedurii faptul că oferta sa a fost declarată inacceptabilă pentru că măsurile prezentate de aceasta ar fi fost neconcludente, fără a-i transmite „*expunerea motivelor care au condus la luarea deciziei de excludere.*”

Ori, e limpede că nu e suficient ca autoritatea contractantă să hotărască faptul că anumite explicații sunt neconcludente, ci trebuie să motiveze un astfel de răspuns, fie și doar pentru faptul că la o procedură viitoare agentul economic să poată răspunde într-un format care să fie considerat acceptabil.

Câtă vreme forma unui document de clarificări nu e standardizată, ci operatorul economic răspunde la cele solicitate de către autoritatea contractantă, răspunsul trebuie să fie concludent prin raportare la cele precis solicitate, nu prin raportare la un format ideal nedescris în solicitare.

Fără să motiveze aprecierea clarificărilor furnizate de către societatea ... SRL, decizia autorității contractante de a respinge oferta sa, ca inacceptabilă, încalcă, dispozițiile art. 171 (3²) din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa nr. 8434/335/C6/09.02.2024, în temeiul dispozițiilor art. 61¹ alin. (2²) din Legea nr. 101/2016, Consiliul i-a solicitat contestatoarei să transmită dovada constituirii cauțiunii în cuantum de

1.669,20 lei, precum și raportul procedurii și adresa de comunicare a rezultatului procedurii (în copie).

Prin adresa nr. 2127/BAGRB/12.02.2024, înregistrată la CNSC sub nr. 8688/12.02.2024, autoritatea contractantă ... a înaintat punctul său de vedere cu privire la contestația depusă de către societatea ... SRL, prezentând un scurt istoric al procedurii.

De asemenea, arată că, prin raportul procedurii nr. 20895/30.01.2024, comisia de evaluare a luat act de procesul-verbalul nr. 29654/27.11.2023, privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc și a fost declarată inacceptabilă oferta contestatoarei.

Autoritatea contractantă precizează că procesul-verbalul nr. 29654/27.11.2023, privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, vizează toate cele 42 de loturi, iar raportul procedurii nr. 20895/30.01.2024 vizează cele 39 de loturi pentru care procedura a fost continuată după anularea loturilor 22, 24 și 28.

În continuare, ... invocă și redă art. 171 din Legea nr. 98/2016, concluzionând că autoritatea contractantă evaluează măsurile luate de operatorii economici și dovedite.

Ori, simpla indicare a unor măsuri, fără ca acestea să fie dovedite, nu este suficientă pentru demonstrarea în concret a credibilității operatorului economic, fiind necesară dovedirea acestor măsuri.

Totodată menționează că, prin solicitarea nr. 28880/BARGB/02.11.2023, i s-a pus în vedere contestatoarei să furnizeze dovezi care să arate că măsurile luate sunt suficiente pentru evitarea unei situații similare prin raportare la motivele de excludere, în conformitate cu art. 171 alin (1) din Legea 98/2016.

Ulterior, prin adresa nr. 4996 din 03.11.2023, contestatoarea s-a rezumat la simpla indicare a unor posibile măsuri de remediere (punctele 3-10), prezentând măsuri/explicații subiective, fără a aduce și dovezi în susținerea acestora, așa cum i s-a solicitat prin adresa nr. 28880/BARGB/02.11.2023.

În acest sens, autoritatea contractantă arată că societatea ... SRL a afirmat că *„(...) motivul care a dus la nesemnarea contractelor subsecvente pentru produsul ulei a fost apariția unei situații excepționale, irepetabile ce a condus la o creștere a prețului produsului mult peste nivelul inflației prognozate, dar și a celei reale. Modalitatea de răspuns la o pandemie, războiul din Ucraina, scumpirile neprevăzute și însemnate la energie electrică, carburant, transport, produse conexe, au scumpit produsul ce făcea obiectul contractului (ulei) la valori pe care nici o autoritate, extrem de diligentă, nu le putea prevedea așa cum nici o instituție de prognozare nu le-a prevăzut. Așadar, în primul rând mizăm pe o oarecare predictibilitate a pieței pentru următoarea perioadă”*.

Astfel, contestatoarea apreciază că situațiile excepționale care au dus la creșterea prețurilor (pandemia de Covid 19 și războiul din Ucraina) și la nerespectarea de către aceasta a obligațiilor asumate, sunt unele „irepetabile” și se bazează „pe o oarecare predictibilitate” a pieței pentru următoare perioadă.

Ulterior, prin contestația depusă, ... SRL arată că „dovezile furnizate” trebuiau analizate de către autoritatea contractantă prin raportare la circumstanțele particulare ale abaterii, așa cum arată art. 171 (3[^]1) din Legea nr. 98/2016, fără a indica care sunt aceste dovezi.

Având în vedere documentele existente la dosar și afirmația contestatoarei privind pretinsa analiză necorespunzătoare a dovezilor, ... concluzionează că ... SRL face confuzie între termenele „dovezi” și „măsurî”.

Ori, prin contestația formulată se arată că „(...) *autoritatea contractantă ne-a solicitat prin Adresa nr. 28880/BAGRB/02.11.2023 să prezentăm măsurile luate pentru evitarea unei situații de încetare anticipată a acordului cadru (...)*”, afirmație neadevărată și care denotă reaua credință a contestatoarei, de vreme ce aceasta trebuia să furnizeze dovezi și nu măsurile. În opinia autorității, contestatoarea afirmă un lucru care este contrazis de înscrisurile prezentate - Solicitarea nr. 28880/BAGRB/02.11.2023.

Așadar, ... susține că nu se poate reține apărarea contestatoarei care a invocat lipsa motivării soluției de către autoritatea contractantă atâta timp cât, prin adresa nr. 28880/BAGRB/02.11.2023, s-a reținut că răspunsul la solicitarea de clarificare transmisă de către operatorul economic a fost neconcludent, măsurile prezentate fiind insuficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, fiind necesară și dovedirea măsurilor luate.

Referitor la afirmațiile contestatoarei privind lipsa unui prejudiciu, autoritatea contractantă precizează că acestea nu au relevanță în cauză, deoarece consecința încălcării de către aceasta a obligațiilor principale a fost încetarea anticipată a contractului și nu plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile. Astfel, faptul că operatorului economic nu i s-au imputat prejudicii nu poate fi considerată o „*dovadă de recredibilizare*”, așa cum a afirmat contestatoarea.

În ceea ce privește afirmația contestatoarei „(...) *răspunsul trebuie să fie concludent prin raportare la cele precis solicitate (...)*”, ... subliniază că în cazul în care ar accepta aceasta, motivele indicate de orice operator economic nu ar mai trebui însoțite de dovezi și practic ar fi eludate dispozițiile art. 171 alin. (3[^]1) din Legea nr. 98/2016 care prevăd că măsurile luate de operatorii economici trebuie să fie și dovedite și nu doar indicate.

Astfel, autoritatea contractantă arată că motivele prezentate de contestatoare, fără ca acestea să fie susținute de dovezi, nu puteau fi

apreciate altfel decât neconcludente, având în vedere că s-a pus în vedere acesteia să furnizeze dovezi.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 9289/ 14.02.2024, societatea ... SRL arată, printre altele că :

- autoritatea contractantă i-a solicitat explicații cu privire la un document constatator emis de ea însăși, prin care a fost sancționată pentru refuzul de a semna contracte subsecvente, după ce s-a adjudecat un acord cadru privind furnizarea de ulei;

- explicațiile sale au urmărit structura art. 171 din Legea 98/2016, fiind pe aceeași structură ca explicațiile date pentru celelalte documente constatatoare pe care le-a menționat în DUAЕ, iar aceste explicații au fost acceptate de autoritatea contractantă;

- a plătit/și-a asumat plata prejudiciilor (lucru netăgăduit), că a constituit stocuri la societatea sa și la furnizor și că oferta de preț acoperă fluctuații de preț mai mari decât în situația anterioară.

În plus, raportat la art. 171 din Legea 98/2016, contestatoarea menționează că a prezentat circumstanțele în care societatea sa s-a abătut de la contractul precedent.

Cum circumstanțele au fost, pe de o parte, excepționale și au afectat stabilitatea prețurilor la un nivel nemaîntâlnit în România de peste 20 de ani, inflația depășind toate prognozele oficiale, ale C.N.P., I.N.S. și B.N.R., iar, pe de altă parte, fapte notorii, nu se impunea nicio dovadă suplimentară, practica judiciară statornicită dar și normele legale arătând că faptul notoriu nu trebuie dovedit [art. 255 (2) Cod proc. civilă, art. 100 (4) lit. d) Cod proc. Penală].

Societatea ... SRL subliniază că achitarea sau asumarea prejudiciilor e un fapt de netăgăduit, marja ofertei era dovedită prin ea însăși, iar în ceea ce privește stocurile, chiar după rezilierea acordului-cadru, autoritatea contractantă a cumpărat ulei de la societatea sa, așadar nimic din ceea ce cere art. 171 din Legea 98/2016 privind recredibilizarea sa față de autoritatea contractantă nu îi era străin acesteia.

Contestatoarea mai arată că, în situația în care cele transmise de societatea sa, întrutotul cunoscute autorității contractante, nu erau suficiente, aceasta putea să-i solicite, de această dată, în mod specific dovezi anume. Dacă societatea ... SRL nu ar fi furnizat dovezile cerute de către autoritatea contractantă s-ar fi aflat în situația prevăzută de art. 209 din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

De asemenea, susține că nu există niciun motiv pentru care explicațiile și dovezile cerute societății sale în legătură cu documentul constatator invocat să fie considerate neconcludente câtă vreme aceleași explicații, ce priveau alte documente constatatoare au fost considerate concludente.

În opinia sa, autoritatea contractantă trebuie să-i indice, în mod specific, ce afirmație sau fapt dorește să fie probat, atât pentru faptul că solicita explicații suplimentare decât cele considerate deja suficiente cu privire la alte documente constatatoare, cât și pentru faptul că nu a propus un model standardizat al clarificărilor. O revenire la adresa de clarificări era o măsură adecvată, având în vedere cele arătate, pe când respingerea ofertei este o măsură vădit aspră disproporționată față de cele ce ni se impută.

Contestatoarea mai arată că nici măcar din întâmpinarea depusă nu înțelege la ce fapt se referă autoritatea contractantă ca fiind nedovedit și la ce tip de dovezi se referă ca fiind lipsă. Și fără vreo solicitare suplimentară, ... SRL consideră că dacă autoritatea contractantă ar fi apreciat cele comunicate de societatea sa prin raportare la art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, câtă vreme nu are prejudicii de achitat și are contracte derulate cu autoritatea contractantă după data emiterii documentului constatator, explicațiile sale trebuiau primite.

În concluzie, societatea ... SRL susține că:

- autoritatea contractantă nu a aplicat corect prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 fiindcă nu există lămurire sau dovadă care să nu fi fost furnizată, societatea sa răspunzând solicitărilor după structura art. 171 din Legea nr. 98/2016, ținând cont de ceea ce autoritatea contractantă a considerat deja suficient în privința celorlalte documente constatatoare;

- autoritatea contractantă a greșit, în mod vădit, în aprecierea explicațiilor contestatoarei, neraportându-se la context, fiindcă nu a urmărit prevederile art. 171 din Legea nr. 98/2016, ci prevederile art. 209 din Legea nr. 98/2016.

- în ceea ce privește procedura prin care oferta ... SRL a fost declarată inacceptabilă, autoritatea a încălcat cele prevăzute la art. 171 alin. (3²) din Legea nr. 98/2016, nemotivând decizia luată. Nici măcar din cele transmise CNSC nu rezultă ce afirmație sau fapt nu a fost dovedit, nici ce dovadă a fost solicitată și ... SRL nu a prezentat-o.

Din documentele depuse la dosarul cauzei și din susținerile părților, Consiliul reține următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire prin „licitație deschisă” organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „...”, lot 23 cod CPV 15331400-1 (Rev. 2), prin publicarea, în S.E.A.P., a anunțului de participare nr. ..., stabilind termenul limită pentru primirea ofertelor la 01.11.2023, ora 15:00, criteriul de atribuire „*cel mai bun raport calitate-preț*” și valoarea totală estimată, fără TVA, de 23.843.943 lei.

În urma etapei de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă a încheiat raportul procedurii nr. 20895/30.01.2024, potrivit căruia, pentru lotul 23, oferta contestatoarei a fost respinsă ca inacceptabilă, în baza

art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, motivat că răspunsul este neconcludent, ofertantul desemnat câștigător fiind GRABIS.

Rezultatul de mai sus a fost comunicat societății ... SRL cu adresa nr. 20947/30.01.2024, împotriva căreia aceasta din urmă a formulat contestația dedusă judecății, solicitând cele redată în partea introductivă.

Analizând conținutul dosarului cauzei, Consiliul constată că societatea ... SRL a transmis recipisa de consemnare a cauțiunii cu nr. ... din 12.02.2024 rezultă consemnarea cauțiunii în cuantum legal, pe seama și la dispoziția C.N.S.C, corespunzător dosarului nr. 335/2024.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată următoarele:

Din analiza contestației în cauză, Consiliul constată că nemulțumirea autoarei ei vizează modul în care autoritatea contractantă a respins oferta sa ca inacceptabilă, pentru lotul 23 – *Conserve de Roșii în Bulion* -

Preliminar analizării aspectelor sesizate de contestatoare, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini (părțile tehnice), formularele necesare și modelul contractului de achiziție, la care se adaugă clarificările postate în SEAP ce conțin eventuale modificări, prin faptul că au depus ofertă, respectivele reguli și rigori au fost acceptate de operatorii economici participanți, drept pentru care toate prevederile documentației și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire. Prin urmare, la acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de cerințele documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

Consiliul reține că, prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 20947/30.01.2024, motivul de respingere ca inacceptabilă a ofertei ... SRL este următorul:

«(...) întrucât documentele transmise ca răspuns la solicitarea de clarificare privind măsurile luate în conformitate cu art. 171 din Legea 98/2016 pentru evitarea apariției unei situații similare, conform precizărilor punctului C: MOTIVE LEGATE DE INSOLVENȚĂ, CONFLICT DE INTERESE SAU ABATERI PROFESIONALE „încetare anticipată, daune-interese sau alte acțiuni comparabile” din DUAE, nu sunt concludente.

Mai specific, în temeiul art.171 alin. (1) din Legea 98/2016, membrii comisiei de evaluare considera că răspunsul la solicitarea de clarificare transmisă de către operatorul economic a fost neconcludent, mai exact, nu reies măsurile luate pentru evitarea apariției unei situații similare (de reziliere/încetare anticipată a contractelor subsecvente/acordurile cadru), acestea fiind insuficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității.

Simpla indicare a unor măsuri, fără ca acestea să fie dovedite, nu este suficientă pentru demonstrarea în concret a credibilității operatorului economic, fiind necesară dovedirea acestor măsuri.

Operatorul economic s-a rezumat la simpla indicare a unor posibile măsuri de remediere prezentând măsuri/explicații subiective, fără a aduce și dovezi în susținerea acestora, așa cum i-a fost pus în vedere prin solicitarea de clarificare. (...)».

În etapa de evaluare a ofertei contestatoarei, în temeiul art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, potrivit căreia: „În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței”, autoritatea contractantă, prin adresa nr. 28880/02.11.2023, a solicitat contestatoarei următoarele: «Având în vedere precizările punctului C: MOTIVE LEGATE DE INSOLVENȚĂ/ CONFLICT DE INTERESE SAU ABATERI PROFESIONALE „Încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile” din DUAЕ depus, în cuprinsul căruia ați menționat existența documentelor privind neîndeplinirea obligațiilor contractuale, precum și faptul că în anul 2022 a fost reziliat acordul cadru nr. 21768/08.03.2022 privind furnizarea uleiului de floarea soarelui încheiat cu ..., ce a avut ca bază refuzul încheierii contractelor subsecvente cu autoritățile contractante beneficiare, vă rugăm să ne comunicați lipsa declarării acestuia în DUAЕ, precum și să ne furnizați dovezi care să arate că măsurile luate sunt suficiente pentru evitarea apariției unei situații similare, în conformitate cu art. 171 din Legea 98/2016».

Răspunsul contestatoarei a fost transmis cu adresa nr. 4996/03.11.2023, astfel:

« 1.Documentul constatator nr. 23800 din 23.05.2022, la care faceți referire, a fost contestat la Tribunalul Ilfov și nici până în ziua de astăzi nu am primit hotărârea redactată, astfel că nu l-am avut în lista de documente negative pe care le declarăm în cadrul procedurilor.

2. Subscrisa nici nu am încercat să inducem în eroare autoritatea contractantă pentru a influența procesul de selecție, nici nu am omis intenționat documentul pentru a împiedica verificările situațiilor de excludere, fiindcă documentul nedeclarat este chiar cel emis de dumneavoastră. După cum ați putut observa, celelalte documente despre care am avut cunostința au fost declarate în DUAЕ, prin urmare dacă am fi încălcat prevederile art. 167 (1) lit. h și l, am fi omis, cu intenție, documente emise de alte autorități.

3. În ceea ce privește măsurile de remediere, așa cum am mai menționat anterior în corespondența purtată cu unitatea dumneavoastră,

motivul care a dus la nesemnarea contractelor subsecvente pentru produsul ulei a fost apariția unei situații excepționale, irepetabile ce a condus la o creștere a prețului produsului mult peste nivelul inflației prognozate, dar și a celei reale. Modalitatea de răspuns la o pandemie, războiul din Ucraina, scumpirile neprevăzute și însemnate la energie electrică, carburant, transport, produse conexe, au scumpit produsul ce făcea obiectul contractului (ulei) la valori pe care nici o autoritate, extrem de diligentă, nu le putea prevedea așa cum nici o institutie de prognozare nu le-a prevăzut. Așadar, în primul rând mizăm pe o oarecare predictibilitate a pieței pentru următoarea perioadă.

4. De asemenea, arătăm că față de situația din anul 2022, Legea 98/2016 a fost modificată, astfel încât prevederile privind ajustarea contractelor să nu mai fie echivoce. Astfel, în situația în care, de pildă, vom fi din nou nevoiți să livrăm la preț mai mic decât cel de achiziție, vom putea să o facem fără să încălcăm nejustificat prevederile Codului fiscal și ale Ordonanței nr. 99 din 29 august 2000 privind comercializarea produselor și serviciilor de piață, care la art. 17 prevede ca: „Este interzis oricărui comerciant să ofere sau să vândă produse în pierdere, cu excepția situațiilor prevăzute la art. 16 lit. a) -c), e), -i), precum și în cazul produselor aflate în pachete de servicii. Prin vânzare în pierdere, în sensul prezentei ordonanțe, se înțelege orice vânzare la un preț egal sau inferior costului de achiziție, astfel cum acesta este definit în reglementările legale în vigoare.” Nerespectarea acestei prevederi este sanctionată conform art. 73 pct. 5 din O. G. nr. 99/2000 cu amenda de la 2000 la 10000 lei

5. Subscrisa am constituit stocuri (atât la noi, cât și la furnizor prin plăți în avans) pentru produsele ce fac obiectul procedurilor de achiziții la care participăm. Așadar, pe lângă faptul că mizăm pe o temperatură a pieței, așa cum arată toate instituțiile de prognoză, am luat măsuri suplimentare pentru a face față unor crize de neprevăzut.

6. În plus, oferta noastră are, de această dată, în vedere fluctuații mai mari ale prețurilor. De asemenea, nu mai participăm decât la procedurile la care prețurile estimate permit și absorbirea unor șocuri din piață.

7. Monitorizăm mai atent piețele produselor pe care le comercializăm.

8. În final, legat de buna credință a subscrisei și a seriozității noastre ca furnizor în cadrul procedurilor de achiziții publice, precizăm că în SEAP se regăsesc un număr de 271 de documente constatatoare emise de către unitățile penitenciare din subordine, ce fac parte din procedurile desfășurate de unitatea dumneavoastră la care am participat, calificat și castigat anumite loturi, cu mențiunea ca 99,98% au fost îndeplinite conform contractelor subsecvente încheiate.

9. Unitatea noastră are și în momentul de față nenumarate Acorduri Cadru și Contracte Subsecvente încheiate cu toate subunitățile

din subordine, inclusiv cu dumneavoastra, desfasurand o activitatea intensa pentru a îndeplini cerințele si nevoile solicitate, așadar suntem un operator considerat credibil (în sensul Legii 98/2016).

10. Subscrisa nu mi-am încălcat niciodată cu rea-credință obligațiile, iar situațiile fortuite, așa cum am arătat, au puține șanse să se repete. În plus am învățat și noi, la fel ca ceilalți operatori economici și autoritățile din criza abia traversată. Coroborat cu conduita noastră, pe parcursul a 15 ani de participare în procedurile de achiziții publice, considerăm că sunt motive serioase ca subscrisa să fim considerată un operator credibil, așa cum e definit acesta de art. 171 din Legea 98/2016.»

Din verificarea DUAЕ-ului completat de către contestatoare, Consiliul constată că, într-adevăr, actul constatator nr. 23800/23.05.2022, nu a fost precizat de către societatea ... SRL, aspect confirmat și de către aceasta din urmă, în condițiile în care prevederile art. 193 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, sunt foarte clare: „Autoritatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAЕ, constând într-o declarație pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplinește următoarele condiții: (...)”.

Având în vedere aspectele mai sus prezentate, Consiliul constată că în speță sunt relevante prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, care dispun că „autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații:

[...]

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

coroborate cu cele de la alin. (8) ale aceluiași articol care prevăd:

*„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.*

Din dispozițiile legale citate mai sus, rezultă că, pentru aplicarea motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, este necesar să fie îndeplinită condiția de *neexecutarea contractului*.

În speța de față, Consiliul constată că este vorba de existența documentului constatator nr. 23800/BAGRB/23.05.2022, emis de către

autoritatea contractantă pe numele contestatoarei care conține abaterea de neexecutarea a contractului respectiv prin refuzul semnării *încheierii contractelor subsecvente cu autoritățile contractante beneficiare*. Prin urmare, sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, în sensul că, în cuprinsul documentului, se face referire la *neexecutarea contractului*.

Conform articolului menționat, autoritatea contractantă exclude din procedură orice operator economic care și-a încălcat în mod grav sau repetat, obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract.

Cu toate acestea, de reținut sunt și dispozițiile art. 171 din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora:

„(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.”

Or, societatea ... SRL, prin răspunsul anterior, nu a prezentat dovezi, care să confirme că măsurile pe care le-a luat sunt suficiente pentru prevenirea apariției unei situații similare, așa cum i-a solicitat autoritatea contractantă. Doar afirmațiile generice potrivit cărora *„am constitui stocuri”,* fără a transmite documentele doveditoare în acest sens, sau *„pe lângă faptul că mizăm pe o temperatură a pieței, așa cum arată instituțiile de prognoză, am luat măsuri suplimentare pentru a face față unor crize de neprevăzut”,* dar fără menționa, în mod concret, care ar fi acele măsuri, nu pot fi reținute ca relevante și convingătoare.

De asemenea, inclusiv afirmația conform căreia *„unitatea noastră are și în momentul de față nenumărate Acorduri cadru și Contracte subsecvente încheiate cu toate subunitățile din subordine, inclusiv cu dumneavoastră”,* trebuia probată cu documentele respective.

În concluzie, prin art. 171 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, citat anterior, legiuitorul a conferit autorității dreptul de a stabili dacă dovezile, prezentate de către contestatoare, sunt fiind suficiente pentru demonstrarea, în concret, a credibilității acesteia, astfel încât nu ofertantul respectiv să nu fie exclus.

Or, potrivit comunicării rezultatului procedurii, cât și a punctului de vedere nr. 21271/BAGRB/12.02.2024, înregistrat la CNSC cu nr. 8688/12.02.224, autoritatea contractantă a concluzionat că, deși societății ... SRL i s-a cerut să furnizeze dovezi care să arate că măsurile luate sunt

suficiente, aceasta din urmă a răspuns neconcludent, întrucât „(...) nu reies măsurile luate pentru evitarea apariției unei situații similare (de reziliere/încetare anticipată a contractelor subsecvente/ acordurile cadru), acestea fiind insuficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității. Simpla indicare a unor măsuri, fără ca acestea să fie dovedite, nu este suficientă pentru demonstrarea în concret a credibilității operatorului economic, fiind necesară dovedirea acestor măsuri. Operatorul economic s-a rezumat la simpla indicare a unor posibile măsuri de remediere prezentând măsuri/explicații subiective, fără a aduce și dovezi în susținerea acestora, așa cum i-a fost pus în vedere prin solicitarea de clarificare.

Față de cele evocate, Consiliul nu va reține ca întemeiată susținerea contestatoarei conform căreia autoritatea contractantă trebuia să aprecieze cele comunicate și să observe că nu datorează despăgubiri penitenciarelor din România, deoarece, în cazul de față este, societatea ... SRL trebuia să se raporteze la documentul constatator în discuție și să prezinte apărări, dovezi etc. asupra acestuia, așa cum ia solicitat autoritatea contractantă.

De asemenea, Consiliul nu va reține ca întemeiată nici afirmația contestatoarei referitoare la conținutul solicitării de clarificări, în sensul că răspunsul trebuie să fie concludent prin raportare la cele precis solicitate, întrucât, dacă avea obiecțiuni, respectiv nu ar fi înțeles ce anume dorea autoritatea, putea să ceară lămuriri acesteia din urmă sau să se prevaleze de dispozițiile art. 8 din Legea nr. 101/2016, să conteste respectiva solicitare. Or, prin faptul că a ales să răspundă, se prezumă că societatea ... SRL a înțeles și acceptat cele solicitate de către

Legat de acest aspect, Consiliul va respinge ca neîntemeiată observația contestatoarei potrivit căreia autoritatea contractantă nu ar fi transmis „expunerea motivelor care au condus la luarea deciziei de excludere”, deoarece în cadrul adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 20947/30.01.2024, se regăsesc informații care să respecte prevederile art. 215 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016: „În cadrul comunicării privind rezultatul procedurii prevăzute la [alin. \(1\)](#), autoritatea contractantă are obligația de a cuprinde: (...) b) fiecărui ofertant respins, motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei sale”.

Față de cele prezentate anterior, Consiliul constată că autoritatea contractantă a respins, în mod corect, oferta contestatoarei ca fiind inacceptabilă, în temeiul art.171 din Legea nr. 98/2016, citat mai sus.

De referință în stabilirea acestei concluzii este și faptul că Tribunalul Ilfov s-a pronunțat, prin Hotărârea nr. 2881/07.11.2022 – dosar nr. 1776/93/2022, asupra cererii contestatoarei de anulare a „Documentului constatator nr. 23800/BAGRB/23.05.2022”, în sensul respingerii acesteia, ca neîntemeiată. Prin urmare, nu poate fi reținută susținerea contestatoarei, din răspunsul nr. 4996/03.11.2023, potrivit căreia,

întrucât nu a primit hotărârea redactată, nu a avut în lista de documente negative, pe care le declară în cadrul procedurilor, actul constatator în discuție, deoarece, societatea ... SRL nu avea nevoie de redactarea acestei hotărâri ca motiv de a nu menționa documentul constatator în cauză.

Având în vedere aspectele de fapt și de drept mai sus prezentate, în temeiul art. 26 alin. (6) 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, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de către societatea ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă

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

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de către societatea ... SRL, cu sediul în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritatea contractantă.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii, se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, conform dispozițiilor art. 29 din Legea nr. 101/2016.

Președinte,

...

Membru,

...

Membru,

...