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 3104642Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestaţia fără număr și fără dată la emitent, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 26900/12.07.2019, formulată de SC … SRL, cu sediul în …înregistrată în Reg. Com. sub nr. …, având cod fiscal RO…, prin Cabinet de Avocat „…”, cu sediul în …, împotriva Raportului Procedurii nr. 120835/05.07.2019, emis de către …, cu sediul în …, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii organizată pentru atribuirea contractului de furnizare având ca obiect *„Acord cadru produse agro-alimentare”*, aferentă anunțului de participare …, s-a solicitat: anularea Raportului Procedurii nr. 120835/05.07.2019 și obligarea autorității contractante la încheierea contractului tip acord-cadru, așa cum a fost propus prin anunțul de participare.

La data de 23.07.2019, prin adresa nr. 91/23.07.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 28452, SC … SRL, cu sediul social în …, înmatriculată în Registrul Comerțului sub nr. …, având Cod Unic de Înregistrare …reprezentată legal de Cătălin Cojocaru în calitate de administrator, a formulat cerere de intervenție voluntară accesorie în favoarea autorității contractante, prin care solicită respingerea contestației formulată de SC … SRL, ca nefondată.

Contestaţia şi cererea de intervenţie vor fi soluţionate împreună, având în vedere dispoziţiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) şi art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

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

Consiliul a fost sesizat să soluţioneze contestaţia de faţă, prin care SC … SRL solicită anularea Raportului Procedurii nr. 120835/05.07.2019 și obligarea autorității contractante să încheie contractul tip acord cadru, așa cum a fost propus prin anunțul de participare.

În susținerea acestei cereri, contestatoarea arată că, inițial a fost desemnată ca fiind câștigătoarea procedurii de atribuire, iar ocupanta ultimei poziții, SC … SRL, a contestat raportul procedurii de atribuire, pe considerentul că s-a comis o eroare de procedură la completarea DUAE, ca urmare a apariției acestei erori fiind incidente prevederile art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2006, lit. g) și h).

Față de acest aspect, petenta consideră ca fiind nelegal și netemeinic raportul de procedurii nr. 120835/05.07.2019, întrucât Certificatul Constatator nr. 29504/03.08.2018 ce nu a fost menționat în DUAE, nu atestă evidența situației descrisă de art. 167 și, prin urmare, nu trebuia menționat.

Contestatoarea menționează că acordul cadru nr. 24522/02.07.2018, în urma încetării căruia a fost emis Certificatul Constatator nr. 29504/03.08.2018 de către DGASPC Brăila, s-a derulat normal, fără a-i fi reținută vreo culpă cu privire la rezilierea contractului ori legată de posibile prejudicii aduse autorității, acest lucru reieșind din contractul în urma căruia s-a întocmit Certificatul Constatator nr. 29504/03.08.2018. Astfel, acesta nu a fost reziliat de autoritate în urma vreunei abateri (grave sau repetate), prin urmare, nu atestă sancționarea pentru abaterile prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g din Legea nr. 98/2006, motivul fiind că, la unul din produse, prețul nu e corect, iar autoritatea contractantă a decis că trebuie să refacă procedura de atribuire.

De asemenea, aceasta precizează că din desfășurarea ulterioară a relațiilor comerciale cu autoritatea contractantă (DGASPC Brăila), rezultă că aceasta nu a considerat Certificatul Constatator nr. 29504/03.08.2018 ca fiind unul ce atrage, în privința operatorului Stedyan, incidența art. 167 alin. (1) lit. g).

În susținerea afirmațiilor de mai sus, petenta arată că în temeiul art. 1276 alin. (2) din Codul Civil, contractele cu executare succesivă a obligațiilor pot fi denunțate unilateral, cu efecte în privința prestațiilor viitoare.

Aceasta învederează că a derulat primul contract subsecvent pierzând financiar la unul din produse (napolitane). Apoi, nu a denunțat contractul, ci a solicitat autorității o soluție amiabilă, aratând că pentru unul din produse prețul a fost greșit trecut în ofertă. Drept urmare, autoritatea contractantă a reziliat de bună-voie acordul cadru, organizând o nouă procedură de achiziții. Prin urmare, rezilierea acordului cadru nu s-a petrecut din pricina unor încălcări ale contractului, așa cum cere art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2006.

Totodată, petenta subliniază că în Certificatul Constatator nr. 29504/03.08.2018, autoritatea emitentă, DGASPC Brăila, menționează explicit că respectivul contract subsecvent a fost derulat în bune condiții. În plus, precizează că dacă autoritatea nu propunea rezilierea acordului cadru, ea ar fi derulat contractul până la final, chiar dacă acest lucru ar fi fost de natură s-o afecteze financiar.

Prin urmare, apreciază că modul în care s-a ajuns la rezilierea acordului cadru, documentele ce stau la baza emiterii Certificatul Constatator nr. 29504/03.08.2018, certificatul în sine, nu atestă că ar fi comis abaterile descrise de art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2006 lit. g).

În egală măsură, învederează că nici măcar autoritatea contractantă emitentă a certificatului constatator în discuție nu a considerat că ea s-ar fi aflat în situația descrisă de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2006.

Astfel, după rezilierea amiabilă a acordului cadru nr. 24522/02.07.2018, reziliere ce a avut drept consecință și îndeplinirea obligației procedurale de a emite certificatul constatator în discuție, autoritatea a încheiat tot cu Stedyan acordul-cadru de furnizare „Paste făinoase și biscuiți" nr. 43961/22.11.2018, care suplinea exact acordul - cadru reziliat.

Așadar, subliniază că imediat după emiterea certificatului constatator, autoritatea i-a permis participarea la procedura reluată pentru acordul-cadru abia reziliat, cu deplina cunoștință a conținutului certificatului constatator pe care abia îl emisese, precum și a modului de desfășurare a relațiilor comerciale anterioare. În acest sens, învederează Consiliului că noul acord cadru a fost derulat în condiții normale, fapt atestat de Certificatul Constatator nr. 28716/05.07.2019.

De asemenea, precizează că a participat la încă două proceduri de atribuire, proceduri în care a fost desemnată câștigătoare de către DGASPC Brăila, adică de autoritatea contractantă care a emis certificatul constatator presupus negativ.

În concluzie, Stedyan afirmă că:

- mențiunile din certificatul constatator nr. 29504/03.08.2018 nu arată că s-ar afla în situația descrisă de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, întrucât nu atestă că din pricina unor abateri ale sale, s-ar fi reziliat acordul cadru;

- din comportamentul autorității emitente nu rezultă, sub nicio formă, că Certificatul Constatator nr. 29504/03.08.2018 ar fi atestat situația descrisă art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, prin urmare, nu exista niciun motiv să declare existența acestuia în formularul DUAE al procedurii organizate de penitenciarul Giurgiu.

- ca o consecință a inexistenței obligației de a indica existența Certificatului Constatator nr. 29504/03.08.2018, rezultă și inexistența abaterii descrise de art. 167 (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016.

În concluzie, contestatoarea susține că este netemeinică și nelegală sancțiunea excluderii sale, după ce a fost declarată câștigătoare a procedurii desfășurate de Penitenciarul Giurgiu, arătând că eliminarea sa pentru o eventuală eroare de formă nu servește interesului public general.

În susținerea acestei afirmații petenta arată că, raportat la faptul că nu i-a fost denunțat contractul pentru abateri, că a colaborat în continuare cu autoritatea contractantă, existând dovezi palpabile privind credibilitatea sa, respectiv poate prezenta câteva sute de certificate constatatoare încărcate în SEAP ce atestă buna execuție a contractelor, nu trebuie să fie eliminată pentru o posibilă eroare ce nu generează decât cel mult consecințe de natură procedurală.

În acest context, petenta consideră că nu ar fi fost eliminată din procedură dacă … ar fi cunosct conținutul Certificatului Constatator nr. 29504/03.08.2018 al DGASPC Brăila. Suplimentar, consideră că, prin eliminarea sa, autoritatea publică e nevoită sa se aprovizoneze, cu aceleași produse, cheltuind mai mulți bani publici, cu aproximativ 15%.

În opinia sa, oferta societății devenite câștigatoare prin speculareа unor așa-zise erori procedurale, a fost cea mai slabă dintre toate cele 4 (patru) oferte prezentate, având prețul considerabil mai mare decât al oricărui alt ofertant.

Pentru toate cele de mai sus, în temeiul art. 26 alin. (2) lit. a) din Legea nr. 101/2016, SC Stedyan Com SRL solicită anularea raportului procedurii nr. 120835/05.07.2019 al Penitenciarului Giurgiu. De asemenea, în temeiul art. 26 alin. (2) lit. b) din același act normativ, solicită Consiliului ca, prin aceeași decizie, să oblige autoritatea contractantă să încheie contractul tip acord cadru, așa cum a fost propus prin anunțul de participare, cu Stedyan Com întrucât, în urma evaluării ofertelor a fost declarată ca fiind câștigătoare.

Cu adresa nr. 123081/26.07.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 29217/26.07.2019, … a transmis o serie de documente necesare soluționării contestației, precum și punctul său de vedere, prin care solicită respingerea contestației formulate de SC … SRL și menținerea deciziilor luate.

Autoritatea contractantă învederează că, prin adresa nr. 77/28.06.2019, înregistrată la sediul său cu nr. V120119/28.06.2019, SC Carland SRL a încunoștiințat-o despre documentul constatator nr. 29504/03.08.2018, emis de DGASPC Brăila. Prin adresa formulată, acesta solicita excluderea din cadrul procedurii a ofertantului SC … SRL, invocând prevederile art. 164, 165, 167, 60 din Legea nr. 98/2016, coroborate cu prevederile art. 123 din HG nr. 395/2016 precum și cu prevederile art. 137 din HG nr. 395/2016.

Pentru clarificarea situației, a fost întocmită și transmisă către SC … SRL adresa V118947/20.06.2019, adresă la care s-a primit răspunsul nr. 429/20.06.2019, prin care a comunicat că documentul constatator în cauză nu se încadrează în prevederile art. 167 lit. g) din Legea nr. 98/2016. Totodată, acesta a depus împreună cu adresa transmisă documente în susținerea faptului că nu a adus prejudicii autorității contractante emitente, anexând acordul cadru nr. 43961/22.11.2018 și contractul subsecvent nr. 21395/22.05.2019, încheiate cu autoritatea contractantă pentru aceleași produse menționate în documentul constatator. Suplimentar, acesta a mai comunicat că rezilierea a avut cauze obiective, precizând că societatea a colaborat, în continuare, cu instituția emitentă, pentru furnizarea aceluiași produs, neexistând motive pentru excluderea din procedurile ulterioare, întrucât nu au fost înregistrate abateri grave sau prejudiciu material cert, determinat.

Autoritatea contractantă precizează că din analiza documentului constatator nr. 29504/03.08.2018, în ceea ce privește modalitatea de îndeplinire a contractului, se constată mențiunile:

"DA pentru contractul subsecvent nr. 24524/02.07.2018. Având în vedere că pentru încheierea unor noi contracte subsecvente, în baza acordului cadru, SC … SRL Brăila a comunicat DGASPC Brăila că nu poate susține prețul la unul din produsele ofertate, produs la care autoritatea contractantă nu a putut renunța pentru a asigura hrana persoanelor instituționalizate, acordul cadru a fost reziliat".

Ca urmare, a fost întocmită adresa V119361/PGGR/24.06.2019 către DGASPC Brăila, adresă la care s-a primit răspunsul înregistrat cu numărul V119361/PGGR/04.07.2019. Prin adresă se confirmă existența documentului

constatator și cauzele care au condus la emiterea acestuia. În același context, se comunică și că la data la care DGASPC Brăila a luat cunoștință de această adresă, autoritatea avea în desfășurare proceduri de achiziție furnizare produse alimentare la care a participat și operatorul economic SC … SRL. Având în vedere aspectele prezentate, Comisia de evaluare oferte a DGASPC Brăila a procedat la anularea procedurilor de achiziție publică, în conformitate cu prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Analizând punctele de vedere formulate de participanți, de autoritatea contractantă emitentă a documentului constatator, coroborat cu prevederile legale, comisia de atribuire a luat hotărârea de a exclude din procedura de atribuire a SC …. SRL, întrucât din documentul constatator reiese că sunt îndeplinite condițiile statuate la art. 167 din Legea nr. 98/2016 lit. g) și h), în sensul că ofertantul se face vinovat că nu a declarat existența documentului constatator, autoritatea contractantă neavând posibilitatea reală de a verifica pe de o parte existența acestuia precum și a situațiilor ulterioare care ar fi putut interveni între autoritatea contractantă emitentă și furnizor, în înțelesul prevederilor art. 171 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa V120119/04.07.2019, Penitenciarul Giurgiu a comunicat punctul sau de vedere către Consiliu în ceea ce privește excluderea din cadrul procedurii a ofertantului SC … SRL, arătând că decizia unității a fost comunicată și către SC … SRL, prin adresa V120836/PGGR/05.07.2019.

Autoritatea contractantă precizează că relevanță în soluționarea cauzei prezintă următoarele dispoziții legale: art. 167 alin. (1) lit. g), alin. (8), art. 171 din Legea nr. 98/2016, precum și prevederile art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, precum și art. 166 din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016.

Astfel, consideră că din textele de lege invocate reiese că este în sarcina autorității contractante verificarea aspectelor anterior subliniate. Din analiza documentelor prezentate în cadrul procedurii de atribuire se poate observa că, în formularul DUAE, prezentat de SC … SRL, la cap. Motive de excludere: pct. C Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, subpct. Încetare anticipată, daune-interese, alte sancțiuni comparabile, s-a indicat "NU".

În fișa de date a achiziției s-a solicitat, la cap. III.1.1) Capacitatea de exercitare a activitatii profesionale, inclusiv cerințele privind înscrierea în registrele profesionale sau comerciale următoarele: *Ofertanții, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, 165, 167 din Legea nr. 98/2016 - se va completa DUAE de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile aferente situației lor. Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE pot fi prezentate numai la cererea autorității contractante operatorilor economici clasați pe primele 3 locuri după aplicarea criteriului de atribuire. Aceste documente pot fi: (...) 3. După caz, documentele prin care se demonstrează faptul că operatorul economic poate beneficia de derogările prevăzute la art. 166 alin. (2), art. 167 alin. (2) și art. 171 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice 4. Alte documente edificatoare după caz.*

Autoritatea precizează că față de modul de completare a DUAE, devin incidente dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016. De asemenea, învederează că în mod evident, modalitatea de completare a DUAE de către contestatoare, în care a bifat cu NU la subpct. *Încetare anticipată, daune-interese, alte sancțiuni comparabile*, a avut efect asupra a ceea ce urma să verifice autoritatea contractante în privința motivelor de excludere a ofertantei. Indiferent de aprecierea proprie a ofertantei asupra legalității întocmirii documentului în discuție, contestatoarea era obligată să declare existența documentului constatator.

Formularul impune operatorului economic să bifeze corespunzător răspunsul (da sau nu), la întrebarea dacă s-a aflat într-o situație în care un contract de achiziții publice anterior încheiat cu o autoritate 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. De asemenea, în cazul în care răspunsul ofertantului este afirmativ, formularul deschide alte rubrici care permit descrierea situației, precum și măsurile luate pentru a demonstra credibilitatea operatorului economic. În situația în care reclamanta ar fi completat formularul DUAE cu informațiile privind existența documentelor constatatoare, autoritatea contractantă își îndeplinea, anterior stabilirii rezultatului evaluării, obligația sa de verificare a condițiilor prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. h) din lege. Analiza ulterioară a documentelor, urmare a depunerii contestației, nu înlătură modul eronat de întocmire a formularului DUAE, dispozițiile legale sancționând cu excluderea operatorul economic care s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise sau care, 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.

Date fiind cele prezentate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulate de SC … SRL și menținerea deciziilor luate de Penitenciarul Giurgiu, în calitate de autoritate contractantă.

Prin adresa nr. 91/23.07.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 28452/23.07.2019, SC …. SRL a depus cerere de intervenție voluntară accesorie în favoarea autorității contractante, prin care solicită respingerea contestației formulată de SC Stedyan Com SRL, ca nefondată.

Aceasta precizează că a participat la prezenta procedură de achiziție publică, conform Raportului procedurii nr. 119617/26.06.2019, clasamentul rezultat după aplicarea criteriului de atribuire și verificarea documentelor suport aferente probării informațiilor prezentate în DUAE a fost după cum urmează: 1. SC … SRL; 2. SC … SRL; 3. SC … SRL; 4. SC … SRL.

Împotriva acestui prim raport al procedurii, … a formulat contestație, pe considerentul că ofertanții … SRL, … SRL și …. SRL se află sub incidența a două motive de excludere dintre cele prevazute la art. 167 din Legea nr. 98/2016.

Pe parcursul soluționării contestației, autoritatea contractantă a adoptat măsuri de remediere din oficiu, potrivit dispozițiilor art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, prin anularea actului atacat si întocmirea unui nou raport al procedurii, raport care face obiectul prezentei contestații.

Intervenienta consideră ca fiind neîntemeiată contestația formulată de … SRL, considerând, totodată, că modalitatea în care a procedat autoritatea contractantă este legală și temeinică, întrucât … SRL s-a aflat sub incidența a două motive de excludere dintre cele prevăzute la art. 167.

1. În ceea ce privește incidența cazului de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, potrivit dispozițiilor acestui articol, autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

În același timp, legea mai prevede că, 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.

Potrivit datelor publicate în SEAP, societății … SRL i s-a emis, de către autoritatea contractantă DGASPC Brăila, Documentul constatator nr. 29504/03.08.2018, care atestă neîndeplinirea corespunzătoare a contractului de achiziție publică - acord cadru nr. 24522/02.07.2018. Documentul menționează că s-a procedat la rezilierea acordului cadru, față de comunicarea făcută de către ofertant autorității contractante, în sensul că nu poate susține prețul la unul din produsele ofertate, produs la care autoritatea contractantă nu a putut renunța pentru a asigura hrana persoanelor instituționalizate. În document se mai precizează că acest fapt a adus prejudicii autorității contractante, prin schimbarea meniurilor stabilite conform comenzilor, întârzieri în asigurarea hranei persoanelor instituționalizate generate de studiul de piață pentru achiziție directă de produse, până la demararea și finalizarea unei noi proceduri de licitație și, implicit, cheltuieli suplimentare cu transportul produselor.

Față de cele precizate mai sus, intervenienta apreciază că sunt îndeplinite toate cerințele cumulative prevăzute de textul legal menționat anterior, respectiv: încălcarea gravă a obligațiilor contractuale și încetarea anticipată a contractului din cauza acestei încălcări.

Față de această împrejurare, raportat la faptul că de la ivirea situației prevăzute la art. 167 a trecut o perioadă mai mică de 3 ani (art. 171 alin. (5) din Legea nr. 98/2016), aceasta apreciază că în mod corect autoritatea contractantă a reținut existența acestui motiv de excludere.

2. În ceea ce privește incidența cazului de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, potrivit acestui text legal, se află într-un caz de excludere operatorul economic care s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate.

Intervenienta susține că ofertantul contestator din prezenta cauză se regasește și în acest caz de excludere întrucât, cu ocazia completării DUAE, nu a dus la cunoștința autorității contractante că se află sub incidența motivului de excludere prevăzut la litera g).

Aceasta învederează Consiliului să observe că DUAE reprezintă un document furnizat în format electronic, are un format standard stabilit de Comisia Europeană și constă în declarația pe propria răspundere a operatorului economic cu privire la îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție. Practic, un operator trebuie să răspundă întrebărilor din DUAE prin completarea câmpurilor corespunzătoare cu DA sau NU.

Totodată, intervenienta arată că Partea a III-a a documentului este dedicată motivelor de excludere, iar unul din aceste motive se referă la încetarea anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile. Dacă câmpul respectiv s-ar fi completat în mod corespunzător răspunsului DA, DUAE ar fi generat un alt câmp în care ofertanții ar fi putut oferi explicații pertinente autorității contractante, astfel încât aceasta, în temeiul art. 171 din Legea nr. 98/2016, să facă propriul examen al incidenței cazului de excludere.

Întrucât contestatoarea nu a procedat astfel, ci a bifat câmpul corespunzător răspunsului NU, autoritatea contractantă nu a avut posibilitatea să afle despre existența rezilierii anterioare care, în cauză, este dovedită cu existența certificatului constatator.

Având în vedere că documentația de atribuire (inclusiv modul de completare a DUAE) nu a fost contestată de participanții la procedură, aceștia au acceptat condițiile impuse de autoritatea contractantă, acestea fiind obligatorii atât pentru autoritate, cât și pentru participanții care trebuie să o respecte întocmai.

Suplimentar, intervenienta solicită Consiliului să aibă în vedere și dispozițiile art. 137 din HG nr. 395/2016, potrivit cărora Comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și neconforme, ce cuprinde și situația în care documentul DUAE nu este completat în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă.

În același timp, intervenienta învederează și dispozițiile legale generale referitoare la cazurile de excludere, respectiv dispozițiile art. 169 din Legea nr. 98/2016, prevăd că autoritatea contractantă exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire în care ia la cunoștință că acesta se află într-una dintre situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire. Dispozițiile legii sunt formulate la modul imperativ, excluderea fiind sancțiunea care trebuie să intervină în cazul incidenței vreuneia dintre ipotezele legale.

În continuare, autoarea intervenției face trimitere la practica judiciară, menționând că s-a confruntat cu situații similare cu ocazia participării la alte proceduri de achiziție publică, aceste cauze aflându-se sub incidența acelorași motive de excludere, ca cele din cauza de față.

Spre exemplificare, arată că prin Decizia nr… din 06.05.2019 Consiliul, într-o speță similară, a respins contestația formulată, pe motiv că nu s-a făcut dovada existenței motivului de excludere prevăzut la litera g), întrucât nu a fost prezentat un certificat constatator negativ, ci doar o adresă de reziliere.

Față de soluția pronunțată s-a formulat plângere, depusă la Curtea de Apel Ploiești, în dosarul nr. 328/42/2019. Prin Sentința nr. 792/07.06.2019, Curtea de Apel Ploiești a decis: *„Admite plângerea. Modifică Decizia CNSC nr. …din data de 06.05.2019, anulează în parte Raportul procedurii de atribuire nr. 1100/05.04.2019, în sensul excluderii participantului desemnat câștigător*

pentru Lotul nr. 13, SC … SRL. Obligă autoritatea contractantă să desemneze un nou câștigător dintre cei care îndeplinesc condițiile legale”.

Intervenienta subliniază, față de cele prezentate mai sus, că instanța a achiesat la criticile formulate, în sensul existenței cazurilor de excludere privind pe ofertantul contestat la acel moment, deși acelui ofertant nici măcar nu i se emisese certificat constatator negativ, așa cum este cazul celor trei ofertanți din cauza de față.

Tot cu titlu de exemplu, aceasta arată că într-o speță similară, în cadrul unei proceduri organizate de autoritatea contractantă din prezenta cauză, s-a contestat, de asemenea, că unii dintre ofertanții câștigători se aflau sub incidența unor motive de excludere, printre acești ofertanți aflându-se și STEDYAN SRL, căreia i-au fost imputate aceleași motive de excludere ca cele din prezenta cauză, bazate pe același Document constatator.

Prin Decizia nr. … din 09.07.2019, CNSC a admis contestația, a anulat parțial raportul procedurii (în limitele loturilor ce au fost contestate) și a obligat autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor depuse de mai multe societăți, printre care și … SRL, Consiliul reținând, în motivarea sa, că …. SRL nu și-a îndeplinit o obligație principală de livrare a unor produse, fapt ce a dus la rezilierea acordului-cadru. Legat de prejudiciul cauzat, Consiliul a reținut că *„nu era necesară sau esențială, pentru legalitatea respingerii ofertei ca inacceptabilă, precizarea de către autoritatea contractantă a prejudiciului în sumă absolută suferit prin încetarea anticipată a acordurilor-cadru, ci din perspectiva certitudinii producerii daunelor suferite de autoritate urmare a încetării anticipate a respectivului contract (...)*". În același timp, se subliniază că CNSC a reținut că certitudinea prejudiciului adus autorității contractante DGASPC Brăila rezultă din certificatul constatator în care s-au indicat ca prejudicii *„schimbarea meniurilor stabilite conform comenzilor, întârzieri în asigurarea hranei persoanelor instituționalizate generate de studiu de piață pentru achiziție directă de produse până la demararea și finalizarea unei noi proceduri de licitație și implicit cheltuieli suplimentare cu transportul produselor”.*

În continuare, autoarea intervenției face o analiză punctuală a argumentelor contestatoarei, respectiv:

1. Referitor la argumentul potrivit căruia contractul său nu a fost reziliat în urma vreunei abateri, prin urmare nu atestă sancționarea sa pentru abaterile prevăzute de art. 167 lit. g), autoritatea reziliind de bună voie acordul cadru, organizând o nouă procedură, intervenienta apreciază că acesta urmează a fi respins, având în vedere că rezilierea reprezintă o sancțiune care intervine în cazul neexecutării culpabile a unui contract cu executare succesivă.

Opinia sa este în sensul că, în cauză, nici nu poate fi vorba despre încetarea pe cale amiabilă a contractului, ci de aplicarea sancțiunii rezilierii, iar faptul că … SRL nu a putut susține prețul la unul din produsele ofertate, produs la care autoritatea contractantă nu a putut renunța pentru a asigura hrana persoanelor instituționalizate, reprezintă tocmai o încălcare a prevederilor acordului cadru. Modalitatea de încetare amiabilă a unui contract este prevăzută chiar în acordurile-cadru încheiate de autoritățile contractante,

însă în cauză nu a avut loc o astfel de încetare, ci o reziliere, ceea ce reprezintă o instituție juridică total diferită.

Intervenienta subliniază că, în acest context, opinia contestatoarei potrivit căreia nu rezultă ca s-ar afla în situația prevăzută la litera g), astfel că nu avea de ce să declare existența Certificatului negativ, neaflându-se nici în situația de la litera h), este profund eronată, din motivele arătate mai sus, legate de întrebarea din cadrul formularului DUAE, răspunsul contestatoarei la această întrebare, ce nu i-a oferit posibiltatea de a prezenta toate argumentele sale pentru ca autoritatea contractantă să aprecieze în concret credibilitatea sa, luând decizia de a colabora cu acesta.

2. În ceea ce privește prezentarea argumentului referitor la relațiile comerciale ulterioare dintre contestatoare și DGASPC Brăila, precum și cele în circumstanțiere, intervenienta subliniază că și acestea urmează a fi respinse ca nefondate, având în vedere că acestea nu pot fi evaluate în această etapă a procedurii și în contextul în care a acționat contestatoarea.

Astfel, evidențiază situația în care autoritatea contractantă, ca să poată face o evaluare a circumstanțelor de reziliere într-o procedură precedentă, trebuie să fie înștiințată despre situația în care se află ofertantul pentru nerespectarea, în precedent, a obligațiilor contractuale

În opinia sa, CNSC nu poate face în această etapă procesuală examenul incidenței cazului de excludere prevăzut la litera g), prin aplicarea dispozițiilor art. 171, stabilind că excluderea nu este o sancțiune proporțională, întrucât aceasta era sarcina autorității contractante și, tocmai ascunderea cazului anterior de reziliere de către … SRL, duce la plasarea acestuia sub incidența inclusiv a cazului de excludere prevăzut la litera h) a art. 167 alin. (1) din Lege.

În acest context, intervenienta solicită Consiliului să aibă în vedere cele reținute de CNSC prin Decizia nr. …din 09.07.2019 (pag. 13), respectiv: *„încheierea ulterioară a altor acorduri-cadru și contracte subsecvente nu poate fi considerată echivalentă unor dovezi de demonstrare a credibilității ofertantului. Nu au fost prezentate dovezi de înlăturare a cauzelor care au condus la rezilierea acordului-cadru”.*

În concluzie, … SRL consideră că excluderea ofertantului … SRL este legală, temeinică și respectă principiile achizițiilor publice, cu referire în mod special la principiul tratamentului egal, instituit de art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016. Neaplicarea dispozițiilor legale privind cazurile de excludere ar determina, în opinia sa, o favorizare nepermisă și nelegală a unor concurenți incorecți, în defavoarea celorlalți.

Astfel, intervenienta solicită admiterea cererii de intervenție voluntară accesorie formulată și respingerea, ca nefondată, a contestației formulată de … SRL.

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarea situație de fapt:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată – într-o singură etapă, derulată online, în vederea încheierii unui *„Acord cadru produse agro-alimentare”,* prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. …., atașat căruia a fost publicată și documentația de atribuire, valoarea estimată a procedurii fiind situată între 138735,5 lei și 266.376 lei.

Potrivit Raportului procedurii nr. 120835/05.07.2019, în cadrul procedurii de atribuire au fost depuse 4 oferte, iar în urma evaluării ofertantul SC …. SRL s-a clasat pe primul loc, SC …. SRL clasându-se pe locul 4. În urma acestui rezultat, Carland SRL a depus contestație la Consiliu, criticând pe primii trei ofertanți clasați, pe motiv că în SEAP există documente constatatoare negative, care atestă neîndeplinirea obligațiilor contractuale.

În urma acestei contestații, autoritatea contractantă a luat măsuri de remediere, anulând raportul inițial al procedurii nr. 119617/26.06.2019, declarând-o câștigătoare pe SC …. SRL, motiv pentru care aceasta a renunțat la contestația depusă, Consiliul luând act de renunțare prin Decizia nr. ….

După stabilirea noului rezultat al procedurii, a depus contestația în analiză SC …. SRL, criticând noul rezultat al procedurii pentru motivele pe larg expuse mai sus.

După depunerea contestației, la solicitarea Consiliului, SC … SRL a transmis dovada constituirii cauțiunii prevăzută la art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost modificată prin OUG nr. 45/2018, în cuantum de 484,32 lei, prin consemnarea la CEC BANK, Sucursala Piața Victoriei, a sumei respective, conform recipisei nr. 205590528/1/18.07.2019, suma fiind consemnată la dispoziția Consiliului pentru contestaţia aferentă dosarului în cauză.

Cauţiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61^1 alin. (5) și (6) din Legea nr. 101/2016.

De asemenea, SC ... SRL a formulat cerere de intervenție voluntară accesorie în favoarea autorității contractante, solicitând respingerea contestației formulate de SC …. SRL.

Având a se pronunța asupra admisibilității în principiu a cererii de intervenție, în temeiul art. 63 din Codul de procedură civilă, Consiliul o va admite în principiu, având în vedere că, în calitate de câștigătoare a procedurii, SC ....SRL are interesul să participe, în calitate de parte, la prezenta cauză.

Pe fondul contestației și a cererii de intervenție, Consiliul reține că, deși inițial SC … SRL a fost declarată câștigătoare a procedurii, ulterior, în urma contestației depusă de SC ... SRL, aceasta a revenit asupra acestei decizii, declarând inadmisibile cele 3 oferte clasate înaintea intervenientei.

Consiliul reține că, deși în principiu, existența unui certificat constatator negativ reprezintă un motiv de respingere a unui ofertant din cadrul procedurii, măsura respectivă nu se aplică *tale quale*, ci autoritatea este obligată să realizeze o serie de verificări aprofundate.

În acest sens, prevederile art. 167 din legea nr. 98/2016 stabilesc următoarele: ,,(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situaţii: (...)

g) operatorul economic **şi-a încălcat în mod grav sau repetat obligaţiile principale** ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziţii publice, al unui contract de achiziţii 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 sancţiuni comparabile;

h) operatorul economic s-a făcut vinovat de declaraţii false în conţinutul informaţiilor transmise la solicitarea autorităţii contractante în scopul verificării absenţei motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare şi selecţie, nu a prezentat aceste informaţii sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate''. (...)

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

-art. 171 alin. (1) și (2) din același act normativ:

„(1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situaţiile prevăzute la art. 164 **şi 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-şi demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere**.

(2) În cazul în care autoritatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilităţii, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire."

Totodată, H.G. nr. 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică stipulează la art. 166 alin. 8 următoarele: „Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, **comisia de evaluare are obligația de a analiza daca acesta reflecta îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g din Lege**".

Astfel, simpla existență a unui document constatator negativ, calificat astfel pentru diverse motive de neexecutare întocmai a contractului, nu atrage excluderea automată din competiție a ofertantului. Respingerea presupune îndeplinirea, cumulativă, a condițiilor prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, și anume: operatorul economic 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, plata de daune interese sau alte sancțiuni comparabile.

Prin urmare, înainte de a lua decizia excluderii dintr-o procedură de achiziție publică, ofertantului trebuie să i se ofere șansa să își valorifice argumentele pentru a dovedi că nu și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul contractului de achiziții publice pentru care s-a emis certificatul, sau că rezilierea contractului nu a intervenit ca urmare a nerespectării propriilor obligații.

Consiliul reține, în acest sens, ca fiind deosebit de relevantă decizia Curții de apel Cluj nr. 318/13.10.2017, argumentele fiind în sensul celor invocate de Consiliu.

În situația de speță, Consiliul reține că documentația transmisă de autoritatea contractantă conține Documentul Constatator înregistrat sub nr. 29504/03.08.2018, emis de DGASPC Brăila, referitor la îndeplinirea obligațiilor contractuale de către operatorul economic SC ... SRL, ca urmare a derulării acordului cadrul înregistrat sub nr. 24522/02.07.2018, având ca obiect furnizare produse «paste făinoase și biscuiți». În acest document se precizează că **au fost îndeplinite obligațiile contractuale pentru contractul subsecvent nr. 24524/02.07.2018**, încheiat în baza acordului menționat. Tot în cadrul acelui document se menționează că pentru încheierea de noi contracte subsecvente, în baza acordului cadru nr. 24522/02.07.2018, SC ... SRL i-a comunicat DGASPC Brăila că nu poate susține prețul la unul dintre produsele ofertate, produs la care autoritatea contractantă nu poate renunța, motiv pentru care acordul cadru a fost reziliat. În același timp, sunt menționate prejudiciile aduse: schimbarea meniurilor stabilite conform comenzilor, întârzieri în asigurarea hranei (...) cheltuieli suplimentare cu transportul produselor, dar fără a fi cuantificate de autoritate.

Tot în cadrul dosarului depus de autoritate la Consiliu se regăsește și adresa nr. 1307/30.07.2019 emisă de SC ... SRL, din care rezultă că nu poate susține prețul produsului de la poziția 8, ,,napolitane'', având în vedere că dintr-o eroare de redactare în stabilirea ofertei financiare, a trecut în centralizator prețul/bucată (100 grame), și nu pe kilogram, așa cum s-a solicitat.

Consiliul mai observă tot din documentele depuse de autoritate că în aceeași perioadă, SC ... SRL mai avea în derulare, cu aceeași autoritate contractantă, un alt acord cadru, cu nr. 24523/02.07.2018, pentru produse alimentare de bază, acord cadru care nu a fost reziliat. De asemenea, după rezilierea acordului cadrul înregistrat sub nr. 24522/02.07.2018 pentru ,,Paste făinoase și biscuiți'', autoritatea contractantă a încheiat tot cu SC ... SRL acordul cadru nr. 43961/22.11.2018, având același obiect, respectiv ,,Paste făinoase și biscuiți'', pentru care s-a emis certificat constatator pozitiv, cu nr. 28716/05.07.2019, din care rezultă că și-a îndeplinit în mod corespunzător obligațiile, neexistând prejudicii. DGASPC Brăila a revocat raportul procedurii într-o procedură în care îl declarase câștigător tot pe SC Stedyan Com SRL, respingându-l pentru acel certificat constatator, doar în urma primirii unei adrese de la ...., până la acea dată neconsiderând că ar exista o încălcare gravă a contractului. Decizia respingerii ofertei SC Stedyan Com SRL în urma adresei ... a fost atacată de această societate, Consiliul pronunțând decizia nr. **...,** în care a reținut următoarele aspecte: ,,Ulterior încheierii raportului procedurii nr. 26339/21.06.2019 prin care a stabilit că oferta desemnată câștigătoare este cea a contestatoarei, în data de 27.06.2019 întocmește un raport de reevaluare nr. 27128, în care a decis să anuleze procedura de atribuire, motivat de următoarele:

„Având în vedere adresa nr. 119361/PGGR/24.06.2019 emisă de penitenciarul Giurgiu (...) și rezoluția directorului general privind analizarea documentației depuse și formularea unei propuneri conform prevederilor legale, comisia de evaluare s-a întrunit astăzi 26.06.2019 a reanalizat documentele și a constatat următoarele:

- Documentația transmisă conține Documentul Constatator înregistrat sub nr. 2950/03/08.2018, emis de DGASPC Brăila, referitor la îndeplinirea obligațiilor contractuale de către operatorul economic SC ... SRL, ca urmare a derulării acordului cadrul înregistrat sub nr. 24522/02.07.2018, având ca obiect furnizare produse «paste făinoase și biscuiți». în acest document se precizează că au fost îndeplinite obligațiile contractuale pentru contractul subsecvent nr. 24524/ 02.07.2018, încheiat în baza acordului menționat (...). În același documnt sunt menționate prejudiciile aduse: schimbarea meniurilor stabilite conform comenzilor, întârzieri în asigurarea hranei (...) cheltuieli suplimentare cu transportul produselor.

- La evaluarea ofertelor depuse... comisia de evaluare a ofertelor, dintr-o eroare, a omis să verifice documentele constatatoare emise pentru ofertanții participanți (...).

- Potrivit art. 212 alin. 1 lit. c) și alin. 2 din Legea 98/2016...procedura se anulează (...).”

Consiliul reține că, în data de 02.07.2018, a fost încheiat inițial acordul cadru nr. 24522/02.07.2018, având ca obiect furnizare „paste făinoase și biscuiți”, în urma căruia s-a încheiat singurul contract subsecvent nr. 24524/02.07.2018. Ulterior, acordul cadru de mai sus a fost reziliat de autoritatea contractantă, conform adresei nr. 28935/ 31.07.2018, aceasta din urmă acceptând condițiile menționate de SC ... SRL în adresa nr. 1307/30.07.2018, înregistrată la sediul autorității cu nr. 28811/31.07.2018, a încheiat un nou acord cadru nr. 43961/22.11.2018, fiind încheiate mai multe contracte subsecvente, ultimul având nr. 21395/22.05.2019, finalizat în data de 30.06.2019.

În data de 03.08.2018, deci înainte de a încheia noul acord cadru, autoritatea contractantă a emis documentul constatator nr. 29504, în conținutul căruia consemnat, printre altele:

- la pct. 8: *„Contractul a fost îndeplinit în mod corespunzător: DA pentru contractul subsecvent nr. 24524/02.07.2018.*

Având în vedere că pentru încheierea unor noi contracte subsecvente, în baza acordului cadru, SC ... SRL Brăila a comunicat DGASPC Brăila că nu poate susține prețul la unul din produsele ofertate (...) acordul cadru a fost reziliat.

- la pct. 9*: „Prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului (dacă este posibil cuantificarea valorică a acestora): Schimbarea meniurilor stabilite conform comenzilor, întârzieri în asigurarea hranei persoanelor instituționalizate (...)”.*

Față de cele evocate, Consiliul constată că, pe baza principiului asumării răspunderii, statuat la art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016, a considerat că abaterile contestatoarei de la îndeplinirea acordului cadru nr. 24522/02.07.2018 nu au fost unele care să se încadreze în prevederile art. 167 alin. (1) din același act normativ, potrivit cărora: *„Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situaţii: (...) g) operatorul economic şi-a încălcat în mod grav sau repetat obligaţiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziţii publice, al unui contract de achiziţii 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 sancţiuni comparabile”,* astfel că a continuat derularea acestei achiziții cu același ofertant, respectiv SC ... SRL, încheind noul acord cadru nr. 43961/22.11.2018.

Or, în condițiile în care autoritatea contractantă a constatat că nu există un prejudiciu major, eventual nu a prezentat o cuantificare valorică a acestuia astfel încât să fie aplicabile dispozițiilor art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016, care stabilesc: *„În sensul dispoziţiilor alin. (1) lit. g) se consideră încălcări grave ale obligaţiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/ executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformităţi majore care le fac improprii utilizării conform destinaţiei prevăzute în contract”,* este evident că documentul constatator în discuție nu conduce la excluderea SC ... SRL din procedură.

Mai mult, Consiliul constată că autoritatea contractantă a întocmit un nou document constatator nr. 28716/05.07.2019, aferent acordului cadrul nr. 43961/22.11.2018, emis în urma finalizării derulării contractelor subsecvente nr. 44741/28.11.2018, nr. 3648/30.01.2019, nr. 8047/28.02.2019, nr. 13257/29.03.2019 nr. 18079/24.04.2019 și nr. 21395/22.05.2019, în conținutul căruia se precizează:

„(...) 8. Contractul a fost îndeplinit în mod corespunzător: ***DA.***

9. Prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului (dacă este posibil cuantificarea valorică a acestora): ***nu este cazul****."*

Prin urmare, față de actul constatator de mai sus, Consiliul reține că autoritatea contractantă a considerat că societatea contestatoare a furnizat dovezi care să demonstreze că nu se află în situația de la art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016, așa cum prevăd dispozițiile art. 171 alin. (1) și (2) din același act normativ, respectiv:

„(1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situaţiile prevăzute la art. 164 şi 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-şi demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

(2) În cazul în care autoritatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilităţii, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire."

Având în vedere cele prezentate anterior, Consiliul va respinge ca neîntemeiate afirmațiile autorității contractante referitoare la motivul de reziliere al acordului cadru nr. 24522/02.07.2018, respectiv la culpa pe care ar fi avut-o SC ... SRL în rezilierea acestui acord, deoarece, pe de o parte, încheierea unui acord cadru nou, s-a efectuat cu acceptul ..., iar pe de altă parte, la acest moment, autoritatea nu se poate prevala de eventualele nereguli pe care le-ar fi făcut contestatoarea, în condițiile în care, prin continuarea achiziției în cauză cu acest ofertant, este evident că a aprobat noile condiții, întocmind un nou document constatator nr. 28716/05.07.2019, care atestă derularea în bune condiții a acordului cadru.

De altfel, Consiliul apreciază nu se poate face vorbire de o omisiune de verificare a documentelor constatatoare, așa cum afirmă autoritatea, întrucât, în acest caz, este vorba de propriul act constatator, nefiind emis nici măcar de o altă autoritatea contractantă/instituție etc''.

Prin urmare, Consiliul reține că nu toată practica sa sau a instanțelor este în sensul respingerii unui ofertant pentru simpla existență a unui document constatator negativ, practica majoritară impunând verificarea îndeplinirii cerințelor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, și anume: operatorul economic 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, plata de daune interese sau alte sancțiuni comparabile.

În acest sens, Consiliul a apreciat, în repetate rânduri, că încălcările au fost unele repetate sau grave, reținând, în acest sens, Decizia nr. ..., în care au fost înregistrate întârzieri de aproape 6 luni (01.09.2015-16.02.2016) în finalizarea ,,Contractului de executie de lucrări nr. 30348/11.09.2014, pentru obiectivul "Modernizare Parc Zăvoi în municipiul Râmnicu Vâlcea", penalitățile fiind de aproape 1.600.000 lei, întârzierea ducând și la pierderea finanțării europene, decizie menținută de Curtea de Apel Constanța, care, în decizia sa nr. 86/2018, a reținut următoarele: *«În ceea ce privește prima condiție, în*

speță s-a reținut nerespectarea termenului de executare a lucrărilor. Contrar celor susținute de către petentă, obligația de executare a lucrărilor este obligația principală a contractului de executare lucrări nr. xxxxx/11.09.2014 având ca obiect „Modernizare Parc Z_____ în Municipiul Râmnicu V_____” . Acest contrat este unul de achiziții publice (în ceea ce privește această condiție, petenta, deși nu contestă natura contractului anterior, consideră că nu este îndeplinită condiția întrucât obligația reținută nu este una principală, aspect care privește prima condiție);

În opinia petentei, faptul că a executat lucrările potrivit contractului nr. xxxxx/11.09.2014 cu întârziere nu reprezintă o abatere gravă, lucrările fiind executate în cele din urmă potrivit obligațiilor stabilite prin caietul de sarcini și recepționate în întregime. De asemenea, petenta face referire la încheierea cu Beneficiarul a unui act adițional prin care a fost modificată data finalizării contractului, susținându-se că această dată de finalizare a fost respectată.

Petenta omite însă să arate că lucrările executate în baza contractului de executare lucrări nr. xxxxx/11.09.2014 având ca obiect „Modernizare Parc Z_____ în Municipiul Râmnicu V_____” au făcut obiectul unui contract de finanțare, iar data limită stabilită pentru finalizarea lucrărilor era în directă legătură cu data până la care cheltuielile erau considerate eligibile. Întrucât lucrările nu au fost executate până la data stabilită, în bata acordului dintre Finanțator și Beneficiar, s-a stabilit un nou termen pentru executarea lucrărilor, cu condiția ca pentru toate lucrările executate în această perioadă costul să fie acoperit de Beneficiar (cheltuielile nemaifiind eligibile), existând riscul pierderii finanțării în întregime în cazul în care nici acest termen nu era respectat.

***Astfel, faptul depășirii termenului de executare a lucrărilor a determinat pierderea finanțării de către Beneficiar pentru toate lucrările executate cu depășirea termenului, ceea ce conferă un caracter „grav” încălcării reținute în sarcina petentei**, cu implicații asupra bugetului instituției Autorității contractante , și implicit a comunității pe care această instituție o reprezintă».*

În situația de speță, spre deosebire de cea expusă, Consiliul consideră disproporționată măsura respingerii ofertantei contestatoare, timp de 3 ani, din toate procedurile de achiziții publice, doar pentru faptul că, dintr-o eroare materială scuzabilă, a trecut în ofertă prețul pe bucată, și nu pe kilogram, mai cu seamă că nici beneficiarul produselor respective nu a considerat respectiva abatere ca fiind gravă, dovadă fiind faptul că i-a atribuit, în continuare, contracte. A condamna, practic, un operator economic cu excluderea din procedură reprezintă o sancțiune maximă, ce trebuie luată doar în situații extreme, legiuitorul stabilind condiția gravității abaterii în mod corect.

Autoritatea contractantă, prin natura serviciului public pe care îl prestează, cunoaște cel mai bine că încălcarea aceleași legi atrage, în cele mai multe cazuri, sancțiuni diferite, circumstanțele săvârșirii faptei conducând la sancționarea diferită. Și în dreptul administrativ se aplică aceleași reguli, nu

orice încălcare a contractului conducând la respingerea din toate procedurile, timp de 3 ani, a unui operator economic. Este greu de acceptat că nelivrarea unor napolitane, în circumstanțele faptice rezultate din acte, ar reprenta o încălcare atât de dramatică a contractului, mai cu seamă că certificatul constatator nu este unul negativ, așa cum susține intervenienta.

Consiliul mai reține că în SEAP, în secțiunea dedicată documentelor constatatoare, există 41 certificate constatatoare pozitive pentru SC ... SRL, **emise doar în luna iulie 2019** (și sute emise anterior), dintre care 8 sunt emise de autoritatea contractantă. Astfel, însăși autoritatea contractantă știe, din propria relație contractuală, că SC ... SRL este un operator economic credibil.

Prin urmare, dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g din Legea nr. 98/2016, sunt atenuate de dispozițiile art. 171 alin. (1) și (2) din aceeași lege, care permit menținerea în procedură a operatorilor chiar și în situația în care au intervenit rezilieri ale contractelor, în situația în care își dovedesc credibilitatea.

Practica invocată de intervenientă nu este întrutotul relevantă, în condițiile în care circumstanțele faptice și dovezile aflate la îndemâna autorității contractante și a Consiliului sunt diferite față de speța soluționată prin Decizia nr. ..., Consiliul având la dispoziție o multitudine de certificate constatatoare pozitive, dintre care unele emise de autoritatea contractantă din prezenta procedură și de autoritatea contractantă care a emis certificatul în discuție. Astfel, nici practica Consiliului și nici a instanțelor nu concordă în ceea ce privește obligativitatea respingerii unui ofertant pentru existența unui certificat constatator, rezilierea anticipată a contractului nereprezentând, în fiecare caz în parte, un element de gravitate maximă care să conducă la eliminarea unui operator din competițiile ce se vor organiza timp de 3 ani de la data rezilierii contractului, sancțiunea, extrem de gravă, urmând a fi aplicată cu precauție, în urma unei analize riguroase. Relevant este și faptul că în speța soluționată prin decizia respectivă, contractul nu era câștigat de contestatoarea din prezenta cauză, aceasta clasându-se pe locul 3, intervenienta, ca și în cauza de față, fiind pe locul patru.

Consiliul are în vedere și considerentele Deciziei nr. 2011/29.06.2017 pronunțată de Curtea de Apel București, care, dezbătând o speță similară în amănunt, a stabilit următoarele:

,,Curtea constată că atât autoritatea contractantă, cât și ulterior în cadrul procedurii de soluționare a contestației formulată de petentă, CNSC, au încălcat dreptul ofertantului de a-i fi pe fond analizat motivul excluderii acestei oferte prin prisma aplicării reale, iar nu formale a prevederilor normative în vigoare atât la momentul săvârșirii faptei imputată acesteia, cât și la momentul derulării prezentei proceduri de atribuire, precum și aplicarea principiului proporționalității măsurii de excludere a ofertei în raport de motivele constatate la analizarea acesteia în raport de scopul atribuirii contractului de achiziție de către autoritatea contractantă.

Din această perspectivă, vor fi înlăturate ca nelegale considerentele CNSC potrivit cărora nu avea relevanță lămurirea „aspectului privind circumstanțele care au dus la încetarea contractului” și că acest aspect „nu ar fi avut nicio influență asupra deciziei comisiei de evaluare”, iar prezumțiile deduse din analiza documentelor prezentate spre analiză de către ofertant sub același aspect sunt strict formale nefiind întemeiate pe o reală analiză a circumstanțelor concrete care au condus la rezilierea contractului anterior, prin

prisma culpei grave a unuia dintre contractanți și a intenției unuia sau altuia de a continua în mod real executarea contractului, cu atât mai mult cu cât în mod constant petenta a susținut că potrivit contractului de achiziție anterior existau clauze care permiteau derularea acestuia prin posibilitatea autorității contractante de identificare a unor alte surse, aspecte care nu au fost analizate, fiind încălcat dreptul efectiv al ofertantului de a beneficia de o explicație fundamentată sub aceste aspecte.

Mai mult, Curtea reține că potrivit disp. art. 184 alin. 1-3 din Legea nr. 99/2016(a căror analiză se impunea, cu atât mai mult cu cât atât CNSC, cât și autoritatea contractantă au susținut că se aplică prevederile noii legii, în forma în vigoare la data inițierii procedurii de achiziție publică) „(1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 177, 178 și 180 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere. (2) În cazul în care entitatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, entitatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire. (3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 177, 178 și 180 le poate furniza entității 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.”

Astfel nici CNSC, dar nici autoritatea contractantă nu au efectuat o astfel de analiză, deși dispozițiile legale imperative precitate impuneau, nu recomandau autorității, o astfel de conduită, pentru a da posibilitatea ofertantului să furnizeze dovezi privind existența unei credibilități de realizare a obiectivului contractului de achiziție preconizat a fi încheiat în urma atribuirii, dar și, mai ales, din perspectiva asigurării liberei concurențe a cât mai multor ofertanți de a participa la o astfel de procedură, iar deducerea unor prezumții din simpla citire a documentelor aflate la dispoziția acestora, în contextul în care nu rezulta cu evidență, pe de o parte, culpa gravă și evidentă a petentei în nefinalizarea contractului de achiziție anterior-aceasta susținând în mod constant că a solicitat autorității contractante(IGPF) continuarea relațiilor contractuale, luând toate măsurile de remediere și înlocuirea produselor neconforme inițial, iar de altă parte, absența oricărei culpe a acestei din urmă autorități contractante și imposibilitatea obiectivă de a continua executarea contractului încheiat anterior cu petenta. Prin urmare, se impunea ca CNSC și, mai ales autoritatea contractantă, din perspectiva aplicării acestor dispoziții de drept material, dar și a prevederilor art. 228 alin. 2 lit. b din același act normativ, să motiveze necesitatea aplicării dispozițiilor art. 180 alin. 1 lit. g cu referire la art. 180 alin. 6 din Legea nr. 99/2016 și a excluderii ofertei petentei, respectiv a culpei contractuale grave a acesteia în executarea contractului de achiziție anterior și producerea unui prejudiciu în dauna acestei autorități contractante, prin raportare la momentul prezentării produselor la recepționare, data impusă prin contractul respectiv în acest sens, prevederile contractuale privind modul de asigurare a finanțării acestui contract, imposibilitatea obiectivă a autorității reclamante de a continua derularea contractului prin prisma absenței oricăror surse de finanțare în acest scop, producerea unui prejudiciu în activitatea autorității contractante prin prisma necesității achiziționării acestor produse ofertate de petentă din alte surse cu plata unor diferențe substanțial mai mari sau imposibilitatea desfășurării activității autorității contractante

urmare a neexecutării acestui contract determinată de fapta furnizorului produselor în cauză.

În plus, astfel cum rezultă din dispozițiile art. 184 precitate, se impunea ca autoritatea contractantă și CNSC să evoce motivele pentru care oferta petentei este inacceptabilă întrucât aceasta nu a probat credibilitatea prin prisma remediilor luate pentru continuarea contractului cu IGPF, a conduitei contractuale realizată ulterior acestor incidente în raporturile cu aceeași autoritate contractantă, astfel încât toate aceste aspecte să fie lămurite pe baza unor împrejurări obiective și verificabile atât de petentă, cât și de autoritatea administrativ jurisdicțională, ulterior de instanța de contencios administrativ învestită cu o eventuală plângere. Prin urmare se impune concluzia că actele contestate în cadrul procedurii sunt nelegale prin prisma neaplicării prevederilor legale esențiale litigiului și a nemotivării respingerii ofertei ca inacceptabilă, refuzul exprimat de autoritatea contractantă fiind formal și cu încălcarea principiilor generale în materia achizițiilor publice- art. 2 alin. 2 (transparența, asumarea răspunderii și proporționalitatea), fiind încălcat dreptul de acces la justiție al petentei-ofertant în condițiile în care i-a fost refuzată aplicarea remediilor legale pentru înlăturarea acestui motiv de respingere a propriei oferte, fără a se verifica pe fond aceste susțineri.

Totodată, invocarea prin decizia atacată a prezumției de legalitate a documentelor care au condus la reținerea caracterului inacceptabil al ofertei derivată din neatacarea acesteia pe calea unei proceduri judiciare, respectiv reținerea potrivit căreia executarea garanției de bună execuție este dovada absolută că se impune prezumția culpei grave a petentei în ț ț nefinalizarea contractului de achiziție anterior, fără a se analiza contextul de împrejurări menționate anterior, constituie elemente ale excesului de putere în raporturile juridice cu ofertantul-petent-contestator din perspectiva aplicării art. 2 alin. 1 lit. n din Legea nr. 554/2004, cu modificările ulterioare. În plus, se reține că este nelegal și neconstituțional refuzul ambelor autorități menționate de a verifica modul real de aplicare a acestor dispoziții normative prin raportare atât la propria jurisprudență adoptată de CNSC în această materie, chiar și prin referire la dispozițiile anterioare, aspectele reglementate prin noua dispoziție fiind mai circumstanțiate și apreciate mai mult în favoarea ofertanților, iar nu a autorităților contractante, impunând condiții procedurale și garanții de analiză efectivă a credibilității ofertelor și a posibilității de remediere a acestor nereguli constatate din simpla analiză a documentației atașată ofertei, dar și, prin raportare la jurisprudența CJUE în această materie, conform art. 148 alin. 2 și alin. 4 din Constituție, atât instanțele, cât și, autoritățile interne, de orice nivel sau natură, având obligația aplicării prioritare a prevederilor și principiilor de drept european în această materie a achizițiilor publice''.

Considerentele respectivei decizii sunt unele relevante și în prezenta cauză, aplicarea formală a dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016 încălcând dreptul ofertantului de a-i fi pe fond analizat motivul excluderii acestei oferte prin prisma aplicării reale a prevederilor normative în vigoare atât la momentul săvârșirii faptei imputată acesteia, cât și la momentul derulării prezentei proceduri de atribuire, precum și aplicarea principiului proporționalității măsurii de excludere a ofertei în raport de motivele constatate la analizarea acesteia. La fel ca și Curtea în considerentele expuse mai sus, Consiliul reține că autoritatea contractantă a încălcat principiul proporționalității, simpla nelivrare a unor napolitane în interiorul unui acord cadru mai amplu neconducând la respingerea de drept a acestei ofertante, timp de 3 ani, mai cu seamă că aceasta și-a demonstrat credibilitatea inclusiv în relațiile cu autoritatea contractantă.

Consiliul mai reține ca fiind relevante și considerentele reținute de Curtea de Justiție Europeană, care, în cauza C-465/11, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Krajowa Izba Odwoławcza (Polonia), prin decizia din 30 august 2011, primită

de Curte la 9 septembrie 2011, în procedura Forposta SA, ABC Direct Contact sp. z o.o. împotriva Poczta Polska SA, CJUE a stabilit următoarele:

„1) Articolul 45 alineatul (2) primul paragraf litera (d) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii trebuie interpretat în sensul că se opune unei reglementări naționale care prevede că există o abatere profesională gravă care conduce la excluderea automată a operatorului economic în cauză de la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice în curs în ipoteza în care, din motive imputabile acestui operator economic, autoritatea contractantă a reziliat, a anulat sau a denunțat unilateral un contract de achiziții publice precedent încheiat cu operatorul menționat, dacă rezilierea, anularea ori denunțarea unilaterală a contractului a survenit într-un interval de trei ani înainte de inițierea procedurii în curs, iar valoarea părții neexecutate din contractul de achiziții publice precedent se ridică la cel puțin 5 % din valoarea totală a acestui contract.

2) Principiile și normele dreptului Uniunii în materia contractelor de achiziții publice **nu justifică, în temeiul protejării interesului public și a intereselor legitime ale autorităților contractante, precum și pentru menținerea unei concurențe loiale între operatorii economici, impunerea printr-o reglementare națională, precum cea în discuție în litigiul principal, a unei obligații în sarcina unei autorități contractante de a exclude în mod automat de la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice un operator** într-o ipoteză precum cea vizată de răspunsul la prima întrebare preliminară.”

În considerentele acestei hotărâri, CJUE a reținut, cu relevanță pentru prezenta cauză următoarele aspecte: „Trebuie să se constate că articolul 45 alineatul (2) primul paragraf litera (d) din Directiva 2004/18, spre deosebire de dispozițiile privind cauzele de excludere prevăzute la același paragraf literele (a), (b), (e) și (f) al acestui articol, nu face trimitere la legislațiile și reglementările naționale, dar că al doilea paragraf al aceluiași alineat (2) prevede că statele membre precizează, în temeiul dreptului lor intern și cu respectarea dreptului Uniunii, condițiile sale de aplicare.

26 În consecință, noțiunile „abatere profesională gravă”, care figurează la articolul 45 alineatul (2) primul paragraf litera (d) menționat anterior pot fi precizate și detaliate în dreptul național, cu respectarea totuși a dreptului Uniunii.

27 În această privință, trebuie arătat că, astfel cum susține în mod întemeiat guvernul polonez, noțiunea „abatere profesională” acoperă orice comportament culpabil care afectează credibilitatea profesională a operatorului în cauză, iar nu numai încălcările normelor de deontologie în sensul strict al profesiei căreia îi aparține acest operator, care ar fi constatate de organul disciplinar prevăzut în cadrul acestei profesii sau printr-o decizie jurisdicțională cu autoritate de lucru judecat.

28 Astfel, **articolul 45 alineatul (2) primul paragraf litera (d) din Directiva 2004/18 conferă autorităților contractante competența să constate o abatere profesională prin orice mijloace pe care acestea le pot justifica**. În plus, spre deosebire de același paragraf litera (c), nu este necesară o hotărâre cu autoritate de lucru judecat pentru constatarea unei abateri profesionale în sensul dispoziției care figurează la paragraful menționat litera (d).

29 **În consecință, nerespectarea de către un operator economic a obligațiilor sale contractuale poate, în principiu, să fie considerată drept abatere profesională.**

30 Cu toate acestea, noțiunea „abatere gravă” trebuie să fie înțeleasă ca referindu-se în mod normal **la un comportament al operatorului economic în cauză care denotă o intenție culpabilă sau o neglijență de o anumită gravitate din partea sa. Astfel, 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.**

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

32 Or, reglementarea din cauza principală impune autorității contractante să excludă de la procedura de atribuire a unui contract de achiziții publice un operator economic în ipoteza în care, din cauza unor circumstanțe care „sunt imputabile” acestuia din urmă, autoritatea respectivă a reziliat sau a denunțat unilateral un contract încheiat cu operatorul economic în cauză în cadrul unui contract de achiziții publice anterior.

33 În această privință, trebuie să se arate că, ținând seama de caracteristicile proprii ale sistemelor juridice naționale în materie de răspundere, noțiunea „motive imputabile” este foarte largă și poate cuprinde situații care depășesc cu mult o atitudine a operatorului economic în cauză care denotă o intenție culpabilă sau o neglijență de o anumită gravitate din partea sa. Or, articolul 54 alineatul (4) primul paragraf din Directiva 2004/17 face trimitere la posibilitatea aplicării criteriilor de excludere enumerate la articolul 45 din Directiva 2004/18 „în condițiile prevăzute în acel articol”, astfel încât noțiunea „abatere gravă”, în sensul indicat la punctul 25 din prezenta hotărâre, nu poate fi înlocuită cu noțiunea „motive imputabile” operatorului economic în cauză.

34) În plus, reglementarea națională în discuție în litigiul principal determină ea însăși parametrii pe baza cărora un comportament trecut al unui operator economic obligă autoritatea contractantă în cauză să excludă în mod automat acest operator de la procedura de atribuire a unui contract de achiziții publice nou-încheiat, fără a lăsa acestei autorități contractante posibilitatea de a aprecia, de la caz la caz, gravitatea comportamentului

pretins culpabil al operatorului menționat în cadrul executării contractului precedent. (...)

36) Ținând seama de ansamblul considerațiilor care precedă, trebuie să se răspundă la prima întrebare că articolul 45 alineatul (2) primul paragraf litera (d) din Directiva 2004/18 trebuie interpretat în sensul că se opune unei reglementări naționale care prevede că există o abatere profesională gravă care conduce la excluderea automată a operatorului economic în cauză de la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice în curs în ipoteza în care, din motive imputabile acestui operator economic, autoritatea contractantă a reziliat, a anulat sau a denunțat unilateral un contract de achiziții publice precedent încheiat cu operatorul menționat, dacă rezilierea, anularea ori denunțarea unilaterală a contractului a survenit într-un interval de trei ani înainte de inițierea procedurii în curs, iar valoarea părții neexecutate din contractul de achiziții publice precedent se ridică la cel puțin 5 % din valoarea totală a acestui contract. (….).

38) În această privință, deși, desigur, reiese din cuprinsul articolului 54 alineatul (4) din Directiva 2004/17 că **autoritățile contractante pot stabili criterii de selecție calitativă în plus față de criteriile de excludere enumerate la articolul 45 din Directiva 2004/18, totuși, conform unei jurisprudențe constante a Curții, articolul 45 alineatul (2) din această din urmă directivă enumeră în mod exhaustiv cauzele care pot să justifice excluderea unui operator economic de la participarea la un contract pentru motive, întemeiate pe elemente obiective, privind calitățile sale profesionale și se opune, în consecință, ca statele membre să completeze lista pe care o cuprinde cu alte cauze de excludere întemeiate pe criterii referitoare la calitatea profesională** (a se vedea Hotărârea din 9 februarie 2006, La Cascina și alții, C-226/04 și C-228/04, R__., p. I-1347, punctul 22, Hotărârea Michaniki, citată anterior, punctul 43, precum și Hotărârea din 15 iulie 2010, Bâtiments _ WISAG Produktionsservice, C-74/09, Rep., p. I-7271, punctul 43).

39) Numai în cazul în care excluderea în discuție nu are legătură cu calitățile profesionale ale operatorului economic și, prin urmare, nu se încadrează într-o astfel de enumerare exhaustivă poate fi avută în vedere admisibilitatea eventuală a acestei cauze în temeiul principiilor sau al altor norme ale dreptului Uniunii în materie de achiziții publice (a se vedea în această privință Hotărârea Fabricom, citată anterior, punctele 25-36, Hotărârea Michaniki, citată anterior, punctele 44-69, precum și Hotărârea din 19 mai 2009, Assitur, C-538/07, Rep., p. I-4219, punctele 21-33).

40) Or, în speță, articolul 24 alineatul 1 punctul 1. a) din Legea privind achizițiile publice enunță o cauză de excludere referitoare la calitatea profesională a operatorului economic în cauză, astfel cum este confirmat de faptul, indicat la punctele 10 și 23 din prezenta hotărâre, că legiuitorul polonez a invocat articolul 45 alineatul (2) primul paragraf litera (d) din Directiva 2004/18 în susținerea adoptării acestei dispoziții naționale. O astfel

de cauză de excludere, care depășește cadrul enumerării exhaustive care figurează în acest prim paragraf, astfel cum reiese din răspunsul la prima întrebare, nu este, în consecință, nici ea admisibilă conform principiilor și altor norme ale dreptului Uniunii în materie de achiziții publice.

41) În consecință, trebuie să se răspundă la a doua întrebare că **principiile și normele dreptului Uniunii în materia contractelor de achiziții publice nu justifică, în temeiul protejării interesului public și a intereselor legitime ale autorităților contractante, precum și pentru menținerea unei concurențe loiale între operatorii economici, impunerea printr-o reglementare națională, precum cea în discuție în litigiul principal, a unei obligații în sarcina unei autorități contractante de a exclude în mod automat de la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice un operator** într-o ipoteză precum cea vizată de răspunsul la prima întrebare preliminară."

Față de considerentele expuse, Consiliul consideră că măsura respingerii ofertei contestatoarei din prezenta procedură excede dispozițiilor legale, practicii naționale și practicii europene citate, în condițiile în care ...SRL este un operator credibil, dovadă fiind certificatele constatatoare postate în SEAP.

Nu în ultimul rând, faptul că acesta a înțeles să avertizeze autoritatea contractantă în legătură cu imposibilitatea susținerii prețului napolitanelor pentru următoarele contracte subsecvente, din cauza unei erori materiale, arată că aceasta a făcut eforturi în primele contracte să susțină prețul, arătând că nu are un comportament recurent în sensul nerespectării contractelor încheiate. Dacă societatea contestatoare ar fi sancționată, timp de 3 ani, pentru o eroare materială, am fi în situația în care respectiva eroare ar produce costuri imense, mai mari decât o contravenție sau o infracțiune, mult mai mari decât valoarea acordului cadru reziliat, principiul proporționalității fiind grav încălcat. În materia contractelor de furnizare alimente, o abatere gravă ar fi, de pildă, livrarea unor mărfuri contrafăcute, expirate sau alterate, care ar pune în pericol sănătatea consumatorilor, sau nelivrarea tuturor alimentelor, aspect de natură a crea reale dificultăți autorităților contractante, prin imposibilitatea hrănirii persoanelor instituționalizate sau a deținuților. Situația expusă nu impune încadrarea sa în categoria abaterilor grave.

În ceea ce privește incidența literei h) a art. 167 din Legea nr. 98/2016, respectiv declarații false în cadrul DUAE, nici aceasta nu poate fi reținută de Consiliu, din moment ce nu există un document constatator negativ și nu există o abatere gravă.

Față de cele de mai sus, în temeiul dispoziţiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SC … SRL în contradictoriu cu .... va anula raportul procedurii și documentele subsecvente acestuia și va dispune reevaluarea ofertelor, în concordanță cu cele dispuse în prezenta decizie.

Măsurile dispuse vor fi aduse la îndeplinire într-un termen de maximum 15 zile lucrătoare de la comunicarea prezentei.

Pe cale de consecință, în temeiul art. 67 din codul de procedură civilă, va respinge ca nefondată cererea de intervenție voluntară accesorie formulată de SC ...SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul dispoziţiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația depusă de SC … SRL în contradictoriu cu ..., anulează raportul procedurii și documentele subsecvente acestuia și dispune reevaluarea ofertelor, în concordanță cu cele dispuse în prezenta decizie.

Măsurile dispuse vor fi aduse la îndeplinire într-un termen de maximum 15 zile lucrătoare de la comunicarea prezentei.

În temeiul art. 67 din codul de procedură civilă, respinge ca nefondată cererea de intervenție formulată de SC ... SRL.

Prezenta decizie este obligatorie, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, potrivit art. 29 din Legea nr. 101/2016, în termen de 10 zile lucrătoare de la primire.

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

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

Redactată în 5 exemplare, conţine 25 (douăzeci și cinci) pagini.