

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 nr. 375/A/30.06.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., formulată de către S.R.L., cu sediul în....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având .., reprezentată legal prin administrator ... împotriva raportului procedurii nr. 23469/21.06.2023, a comunicării rezultatului procedurii nr. 23471/21.06.2023 și a proceselor verbale de evaluare puse la dispoziție de autoritatea contractantă în data de 26.06.2023 ca urmare a solicitării de studiere a dosarului achiziției, emise de către, cu sediul în, str....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare având ca obiect „Furnizare produse alimentare” – lotul 7 ”Fructe și legume proaspete”, se solicită:

- anularea parțială a Raportului procedurii cu nr. 23469/21.06.2023, publicat în SEAP în data de 21.06.2023, pentru lotul 7;

- anularea parțială a Comunicării privind rezultatul procedurii cu nr. 23471/21.06.2023, pentru lotul 7;

- anularea Procesului verbal al ședinței de vizualizare a ofertelor cu nr. 14187/10.04.2023, pentru lotul 7;

- anularea parțială a Procesului verbal privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare cu nr. 14849/18.04.2023, pentru lotul 7;

- anularea parțială a Procesului verbal privind evaluarea conformității propunerii tehnice cu prevederile caietului de sarcini și, după caz, cu factorii de evaluare cu nr. 18860/16.05.2023, pentru lotul 7;

- anularea parțială a Procesului verbal privind evaluarea propunerilor financiare, inclusiv verificarea conformității acestora cu propunerile tehnice cu nr. 21377/06.06.2023, pentru lotul 7;

- anularea parțială a Procesului verbal privind aplicarea criteriului de atribuire și stabilirea clasamentului intermediar în vederea solicitării ofertanților clasati pe primul loc a documentelor justificative privind îndeplinirea criteriilor de calificare, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE cu nr. 21396/06.06.2023, pentru lotul 7;

-anularea parțială a Procesului verbal privind evaluarea documentelor justificative privind îndeplinirea criteriilor de calificare în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAЕ și a conformității acestora cu nr. 23204/19.06.2023, pentru lotul 7;

-obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de S... COM S.R.L., dacă prin cele declarate în DUAЕ, referitor la încetarea anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile, se află sub incidența art. 167 alin. (1) lit. h) și i) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Prin cererea de intervenție înregistrată la Consiliu cu nr./....., S... COM S.R.L., cu sediul în, ..., județul, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI, solicită respingerea contestației formulate de către S.R.L. și menținerea ca fiind temeinic și legal a Raportul procedurii nr. 23469/21.06.2023 și a tuturor actelor subsecvente ori care au stat la baza întocmirii raportului.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care S.R.L. critică modalitatea de evaluare a ofertei depusă de S... S.R.L., desemnată câștigătoarea lotului 7.

În fapt, contestatoarea arată că procedura de achiziție vizează încheierea unui acord-cadru cu 2 operatori, pentru fiecare lot în parte. Conform raportului procedurii, în urma aplicării criteriului de atribuire, pentru lot 7 - *Fructe și legume proaspete*, au fost desemnate câștigătoare următoarele oferte:

Ofertant	Prețul ofertat (lei fără TVA)	Punctaj tehnic	Punctaj financiar	Punctaj total	Locul în clasament
SC S... COM SRL	502.152,00	10,00	90,00	100,00	I
SC SRL	518.580,00	10,00	87,15	97,15	II

Oferta depusă de către S.R.L. a fost declarata admisă, fiind clasată pe locul II după aplicarea criteriul de atribuire, deoarece nu a avut cel mai mic preț.

În opinia contestatoarei, desemnarea ofertei depusă de S... COM S.R.L. ca fiind conformă, este nelegală, întrucât acest ofertant se află sub incidența motivelor de excludere prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. h) și i) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare.

De asemenea, petenta arată că a solicitat autorității contractante accesul la studierea dosarului achiziției publice, iar în data de 26.06.2023 a primit pe suport electronic, documentele aferente lotului 7.

Din studiul ofertei depuse de către S... COM S.R.L., a constatat că ofertantul, în documentul DUAЕ, la secțiunea C: MOTIVE LEGATE DE INSOLVENȚĂ, CONFLICT DE INTERESE SAU ABATERI PROFESIONALE, punct încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile, a completat NU.

Autoarea contestației învederează faptul că, din documentele constatatoare publicate în SEAP, se poate constata că operatorul economic S... COM S.R.L. are emise, pe numele său, mai multe documente constatatoare, din care rezultă că și-a încălcat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul contractelor de achiziții publice, deoarece nu a furnizat întreaga cantitate de produse solicitată, drept pentru care au fost reziliate contractele sau a avut probleme în legătură cu calitatea produselor oferite, fapt care a dus la rezilierea contractelor.

Documentele constatatoare, care sunt publicate în SEAP și ar fi trebuit să fie menționate în documentul DUAЕ, sunt:

1. Documentul constatator nr. ..., încărcat în SEAP cu nr. ..., având ca obiect - *Furnizare Ulei rafinat de floarea soarelui pentru unitățile penitenciare beneficiare*, autoritate contractantă ... Certificatul constatator a fost emis de beneficiarul produselor, ... În informațiile despre document, publicate în SEAP, autoritatea contractantă .. la secțiunea „OPȚIUNI PRIVIND DERULAREA CONTRACTULUI” a completat „*Nerespectarea termenelor contractuale și/sau a duratei execuției contractului*”. Din conținutul documentului atașat în SEAP rezultă faptul că „*pe timpul derulării contractului subsecvent s-au înregistrat întârzieri în respectarea termenelor contractuale precum și îndeplinirea parțială a obligațiilor contractuale*”.

2. Documentul constatator cu nr. ..., încărcat în SEAP cu nr. ..., având ca obiect *Furnizare legume si fructe proaspete pentru Penitenciarul Găești*, autoritate contractantă ..., cod fiscal ... În informațiile despre document, publicate în SEAP, autoritatea contractantă ... la secțiunea „OPȚIUNI PRIVIND DERULAREA CONTRACTULUI” a completat „*Nerespectarea calității/cantității și/sau a tipului de produs, lucrare, serviciu oferit*”. Din conținutul documentului atașat în SEAP rezultă faptul că „*termenele contractuale NU au fost respectate, iar cantitatea totală din contract nu a fost livrată*”.

3. Documentul constatator nr. .., încărcat în SEAP cu nr. ..., având ca obiect „*Furnizare Ulei rafinat de floarea soarelui pentru unitățile penitenciare beneficiare*”, autoritate contractantă ... Certificatul constatator a fost emis de beneficiarul produselor, ... În informațiile despre document, publicate în SEAP, autoritatea contractantă ..., la secțiunea „OPȚIUNI PRIVIND DERULAREA CONTRACTULUI”, a completat „*Nerespectarea calității/cantității și/sau a tipului de produs, lucrare, serviciu oferit*”. Din conținutul documentului, atașat în SEAP, rezultă faptul că „*Furnizorul a livrat cantitatea de 250 l de ulei în data de*

14.04.2022, cantitatea de 150 l de ulei în data de 16.05.2023, diferența de 200 l a rămas nelivrată".

4. Documentul constatator cu nr. ..., încărcat în SEAP cu nr. ..., având ca obiect *Alimente 07.2021*, autoritate contractantă În informațiile despre document, publicate în SEAP, de către autoritatea contractantă ..., au fost consemnate următoarele:

- la punctul 5 Refuzul ofertantului de a semna contractul subsecvent cu nr.3/22.11.2021 este bifat DA;

- la punctul 10 Contractul a fost îndeplinit în mod corespunzător, este bifat NU;

Justificare:

a) abateri de la calitatea produselor contractate: NU;

b) Nerespectarea termenelor contractuale de livrare din culpă: DA;

a) abateri de la respectarea normelor de securitate și sănătatea muncii, PSI, legislația protecției mediului: NU;

d) altele: DA-nerespectarea condițiilor contractuale în ceea ce privește respectarea prețurilor;

e) eventualele litigii și modul de soluționare: DA;

f) încetarea contractului: DA - contractul subsecvent a încetat de drept conf. art.19.1 lit. c).

- la punctul 12 Prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului (dacă este posibil cuantificarea valorică a acestora): 0,03% pe zi de întârziere din valoarea comenzii neonorate conf. art. 9.8 din acordul cadru și 3,7 din contractul subsecvent.

Conform documentelor prezentată anterior, contestatoarea precizează că ofertantul S... COM S.R.L. avea obligația ca, în documentul DUAЕ, la *Secțiunea C: MOTIVE LEGATE DE INSOLVENȚĂ, CONFLICT DE INTERESE SAU ABATERI PROFESIONALE, punct încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile*, să completeze DA și să prezinte motivele și măsurile întreprinse.

Prin nedeclararea documentelor constatatoare negative, ofertantul S... COM S.R.L. se află sub incidența 167 alin. (1) lit. h) din Legea 98/2016, privind falsul în declarații.

Oferta depusă de S... COM S.R.L. se află sub incidența motivelor de excludere, deoarece în conformitate cu art. 167 alin. (1) lit. h) și i) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă exclude din procedură de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru

h) operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate;

i) operatorul economic a încercat să influențeze în mod nelegal procesul decizional al autorității contractante, să obțină informații confidențiale care i-ar putea conferi avantaje nejustificate în cadrul procedurii de atribuire sau a furnizat din neglijență informații eronate

care pot avea o influență semnificativă asupra deciziilor autorității contractante privind excluderea din procedura de atribuire a respectivului operator economic, selectarea acestuia sau atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru către respectivul operator economic.

Ofertantul S... COM S.R.L. se face vinovat de declararea unor aspecte nereale cu ocazia completării DUAЕ.

Petenta menționează că DUAЕ reprezintă o declarație pe propria răspundere a operatorilor economici, care prezintă dovezi preliminare și înlocuiește certificatele eliberate de autoritățile publice sau de părți terțe. Acest document este o declarație oficială a operatorului economic, potrivit căreia acesta nu se află într-una dintre situațiile în care operatorii economici sunt sau pot fi excluși, îndeplinește criteriile de selecție relevante și, dacă este cazul, respectă regulile și criteriile obiective care au fost stabilite în scopul limitării numărului de candidați calificați care urmează să fie invitați să participe.

Adică, în mod concret, un operator trebuie să răspundă la întrebările din DUAЕ, prin completarea câmpurilor corespunzătoare DA sau NU.

Totodată, autoarea contestației arată că Partea a III-a a documentului este dedicată Motivelor de excludere.

La această parte se regăsește și *„încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile”* unde, în caseta Detalii, este explicată în mod clar și fără echivoc solicitarea *„Operatorul economic s-a aflat într-o situație în care un contract de achiziții publice anterior, un contract anterior încheiat cu o entitate contractantă sau un contract de concesiune anterior a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni comparabile în legătură cu respectivul contract anterior?”*

Petenta susține faptul că ofertantul S... COM S.R.L., care deși are emise de către diverse autorități contractante mai multe certificate constatatoare privind fie neîndeplinirea corespunzătoare a obligațiilor contractuale, fie refuz semnare contract subsecvent, fie livrări parțiale de produse care au dus la rezilierea contractului de achiziție, așa cum reiese din documentele constatatoare prezentate anterior, în documentul DUAЕ a declarat NU.

Prin nedeclararea în documentul DUAЕ a certificatelor constatatoare de mai sus, care se află publicate în SEAP, S... COM S.R.L. a ales să ascundă informații față de autoritatea contractantă, drept pentru care se face vinovat în declarații sau de furnizare din neglijență informații eronate care pot avea o influență semnificativă asupra deciziilor autorității contractante privind excluderea din procedura de atribuire, fiind sub incidența art.167 alin.(1) lit. h) și lit. i) din Legea nr. 98/2016.

În opinia contestatoarei, acest motiv de excludere operează independent de cel al oricărui alt articol, deoarece prin nedeclararea în documentul DUAЕ a documentelor constatatoare demonstrează reaua-

credință a ofertantului, care a acționat în vederea inducerii în eroare a autorității contractante.

În acest context, societatea contestatoare menționează și faptul că modul de elaborare a documentului DUAЕ și modul de completare a acestuia nu a fost contestat de către S... COM S.R.L., drept pentru care, prin depunerea ofertei, a acceptat condițiile impuse de autoritatea contractantă.

Având în vedere faptul că documentația de atribuire, inclusiv modul de completare DUAЕ nu a fost contestată, rezultă că operatorul economic S... COM S.R.L. și-a însușit documentația și avea obligația completării documentului DUAЕ în conformitate cu cerințele din documentația de atribuire.

Prin declararea cu NU, la cerința din DUAЕ referitoare la „*încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile*”, operatorul economic nu a completat DUAЕ în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă.

Astfel, autoarea contestației arată că potrivit prevederilor art. 137 alin.(1) din H.G. nr. 395/2016, cum modificările și completările ulterioare, comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile, neconforme și neadecvate.

Ținând cont de prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016, oferta depusă de S... COM S.R.L. este inacceptabilă, deoarece a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAЕ în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă.

În opinia contestatoarei, nedeclararea în DUAЕ a documentelor constatatoare, din care rezultă că și-a încălcat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul contractelor de achiziții publice deoarece nu a furnizat întreaga cantitate de produse solicitată drept pentru care au fost reziliate contractele sau a avut probleme în legătură cu calitatea produselor oferite fapt care a dus la rezilierea contractului de achiziție publică, are valoarea unei declarații în fals sau a neprezentării informațiilor, fapte care sunt sub incidența art. 167 alin. (1) lit. h) și i) din Legea nr. 98/2016.

Totodată, petenta subliniază faptul că, după data limită de depunere a ofertelor, documentul DUAЕ completat în SEAP și transmis de ofertant are calitatea de declarație dată pe propria răspundere, produce efecte juridice și în etapa de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă nu mai poate să-și exercite dreptul de a solicita clarificări referitoare la existența unor documente constatatoare din care rezultă că operatorul economic ar putea fi sub incidența art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, după cum nici ofertanții nu își mai pot exercita dreptul de a oferi explicațiile la care se referă art.171 alin. (1) din Legea 98/2006.

Din practica judiciară, contestatoare invocă Decizia nr.386/R/2020 din 09.07.2020 a Curții de Apel Brașov, care consideră că *„a lăsa nesancționat faptul ascunderii potențialului caz de excludere, constituie un precedent periculos, lăsând liberă calea ca și ofertanți, în cadrul altor proceduri, să considere că declararea în fals/incompletă nu produce nicio o consecință legală”*. Falsul în declarații este pedepsit de dreptul penal, iar în domeniul achizițiilor publice are ca sancțiune - EXCLUDEREA DE LA PROCEDURA DE ACHIZIȚIE PUBLICĂ.

Contestatoarea mai arată că, potrivit prevederilor legale în domeniul achizițiilor publice, ofertantul S... COM S.R.L. avea obligația furnizării tuturor informațiilor prevăzute în mod expres în cadrul DUAE cu privire la situațiile prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din legea nr. 98/2016 iar, în cazul încălcării acestei obligații, devin incidente textele legale ce reglementează cazurile de excludere prevăzute de dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. h) și i) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, autoarea contestației menționează că în urma studierii dosarului achiziției a constatat că, în faza de evaluare a ofertelor financiare, conform Procesului verbal cu nr. 21377/06.06.2023 privind evaluarea propunerilor financiare, inclusiv verificarea conformității acestora cu propunerile tehnice, comisia de evaluare a solicitat ofertantului S... COM S.R.L., prin adresa cu nr. 20447/26.05.2023, clarificări referitoare la documentele constatatoare anterior menționate.

Deși comisia de evaluare în această fază de evaluare a ofertelor nu mai avea dreptul să analizeze dacă operatorul economic se încadrează, sau nu, în prevederile art. 167 alin. (1) lit. g), în opinia contestatoarei, prin modul de formulare a solicitării de clarificări a favorizat, în mod cert, operatorul economic S... COM S.R.L., încălcând art. 2 din Legea nr. 98/2016 privind principiul tratamentului egal, deoarece în solicitarea de clarificări nu a făcut referire la faptul că acesta se află sub incidența art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016 *„operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate”*, deși din documentele depuse în cadrul procedurii, document DUAE completat online în SEAP, reiese că operatorul economic se află în mod cert sub incidența art. h), privind falsul în declarații.

În ceea ce privește răspunsul ofertantului S... COM S.R.L., înregistrat cu nr. 4415/29.05.2023, cu privire la documentele constatatoare emise de ..., autoarea contestației consideră că operatorul economic S... COM S.R.L. se află într-o gravă eroare deoarece, conform prevederilor legale, un document constatator pentru a nu mai produce efecte juridice trebuie să fie anulat de autoritatea contractantă în condițiile legii sau să se afle în procedura de contestare a acestuia în

instanță, în termenul prevăzut la art. 53 alin. (9) din Legea 101/2016. Dacă aceste documente constatatoare nu au fost contestate, acestea sunt în vigoare și produc efecte juridice. Mai mult decât atât S... COM S.R.L. avea obligația declarării acestora în documentul DUAЕ și să explice ce măsuri de remediere a întreprins.

Din răspunsul transmis reiese că S... COM S.R.L. a avut cunoștință de aceste documente constatatoare și pe care, în mod voit, nu le-a declarat în documentul DUAЕ, fiind în mod evident sub incidența art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea 98/2016, privind prezentarea de declarații false în conținutul informațiilor transmise.

În ceea ce privește răspunsul ofertantului, cu privire la documentul constatator emis de către ..., societatea contestatoare precizează că acest document constatator se află în procedura de contestare, drept pentru care operatorul economic nu avea obligativitatea declarării acestuia în documentul DUAЕ.

În conformitate cu prevederile legale, pentru cele 3 documente contestatoare prezentate anterior, din care rezultă că ... S.R.L. și-a încălcat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul contractelor de achiziții publice, deoarece nu a furnizat întreaga cantitate de produse solicitată drept pentru care au fost reziliate contractele sau a avut probleme în legătură cu calitatea produselor oferite, fapt care a dus la rezilierea contractului de achiziție publică, operatorul economic avea obligația să le declare în documentul DUAЕ, deoarece sunt în vigoare, nu au fost contestate și produc efecte juridice.

Nedeclararea tuturor rezilierilor anterioare în documentul DUAЕ are valoarea unei declarații în fals sau a neprezentării informațiilor, fapte la care se referă art. 167 alin. (1) lit. h) și i) din Legea nr. 98/2016.

Totodată, societatea contestatoare consideră că membrii comisiei de evaluare, prin modul de întocmire a solicitării de clarificări, nefăcând referire la articolele legale încălcate privind falsul în declarații și prin modul în care au evaluat și acceptat explicațiile transmise de operatorul economic, demonstrează că aceștia au încălcat prevederile art. 2 alin. (2) lit. b), privind tratamentul egal și au favorizat în mod vizibil oferta depusă de ... S.R.L., aflându-se sub incidența art. 132 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

În urma primirii răspunsului la solicitarea de clarificări, comisia de evaluare nu a analizat în detaliu răspunsul primit, cel puțin din punct de vedere al încadrării în prevederile art. 167 alin. (1) lit. i) din Legea nr. 98/2016, privind furnizarea de informații eronate care pot avea o influență semnificativă asupra deciziilor autorității contractante privind excluderea din procedura de atribuire și s-a limitat doar să consemneze în procesul verbal cu nr.21377/06.06.2023:

"Prin răspunsul la solicitarea de clarificări RĂSPUNS SOLICITARE.pdf.p7s, ofertantul răspunde punctual la fiecare solicitare a autorității contractante.

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

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

Astfel, petenta menționează că în momentul în care comisia de evaluare a constatat că ofertantul .. S.R.L. a furnizat informații eronate sau în fals în documentul DUAЕ, avea obligația evaluării răspunsului la solicitarea de clarificări, din punct de vedere al prevederilor art. 167 alin. (1) lit. h) și i) din Legea nr. 98/2016 și nicidecum dacă se încadrează în prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, autoarea contestației consideră că răspunsul la solicitarea de clarificări nu a fost analizat cu atenție, întrucât 3 documente constatatoare din care rezultă că operatorul economic și-a încălcat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul contractelor de achiziție publică pentru că nu a furnizat întreaga cantitate de produse solicitată drept pentru care au fost reziliate contractele sau a avut probleme în legătură cu calitatea produselor oferite fapt care a dus la rezilierea contractului de achiziție publică, sunt în vigoare, deoarece nu se află în procedura de contestare, conform prevederilor legale.

În concluzie, petenta apreciază că se impune analizarea celor învederate anterior, analizarea lor de către autoritate fiind mai mult decât subiectivă, cu nerespectarea principiului nediscriminării și al tratamentului egal, deoarece oferta depusă de S... COM S.R.L. se află sub incidența art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, situație în care se impune a fi anulat parțial raportul procedurii nr. 23469/21.06.2023, comunicarea privind rezultatul procedurii cu nr. 23471/21.06.2023 și procesele verbale de evaluare cu nr. 14187/10.04.2023, 14849/18.04.2023, 18860/16.05.2023 și 21377/06.06.2023.

Totodată, contestatoare solicită autorității contractante, ca până la soluționarea contestației, să suspende semnarea acordului cadru pentru lotul lotul 7, în conformitate cu art. 9 alin. (4) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 25763/06.07.2023, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 36856/06.07.2023, ... transmite punctul său de vedere cu privire la contestația formulată de către S.R.L., solicitând respingerea acesteia ca neîntemeiată.

Autoritatea contractantă menționează că, pe parcursul evaluării ofertelor depuse de ofertanți pentru lotul 7, a constatat că în numele ofertantului S... COM S.R.L. au fost emise și publicate în SEAP o serie de documente constatatoare din care ar rezulta că acesta și-a încălcat obligațiile principale care îi reveneau în cadrul contractelor de achiziții publice. Documentele la care face referire, fiind:

1. Documentul constatator încărcat în SEAP cu nr. ... - *Furnizare Ulei rafinat de floarea soarelui pentru unitățile penitenciare beneficiare*, emis de În informațiile despre document publicate în SEAP, autoritatea contractantă, la secțiunea „OPȚIUNI PRIVIND DERULAREA

CONTRACTULUI" completează „Nerespectarea termenelor contractuale și/sau a duratei execuției contractului”. Din documentul atașat reiese că „pe timpul derulării contractului subsecvent s-au înregistrat întârzieri în respectarea termenelor contractuale precum și îndeplinirea parțială a obligațiilor contractuale.”

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

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

4. Documentul constatator încărcat în SEAP cu nr. ... - *Alimente 07.2021*, emis de În informațiile despre document publicate în SEAP, autoritatea contractantă, la secțiunea „EXISTĂ PREJUDICII SAU PAGUBE” completează „Da”. Din documentul atașat reies următoarele:

a. Ofertantul a refuzat semnarea contractului subsecvent nr. 3/22.11.2021;

b. Contractual nu a fost îndeplinit în mod corespunzător;

c. Justificări invocate:

i. Nerespectarea termenelor contractuale de livrare din culpă: DA;

ii. Altele: DA - nerespectarea condițiilor contractuale în ceea ce privește respectarea prețurilor;

iii. Eventualele litigii și modul de soluționare: DA;

iv. Încetarea contractului: DA - contractual subsecvent a încetat de drept conf. art. 19.1) lit. c)

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

Având în vedere cele constatate, autoritatea contractantă precizează că a solicitat clarificări ofertantului. În continuare, achizitoare redă conținutul acestei solicitări, precum și răspunsul ofertantului.

De asemenea, invocând prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, organizatoarea procedurii arată că, pentru a fi exclus dintr-o procedură de atribuire, operatorul economic trebuie:

- fie să fi încălcat în mod grav obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziție publică, al unui contract de achiziție sectorială sau al unui contract de concesiune, încheiate anterior;

- fie să fi încălcat în mod repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziție publică, al unui contract de achiziție sectorială sau al unui contract de concesiune, încheiate anterior,

și, în același timp, respectivele încălcări să fi condus:

- fie la încetarea anticipată a respectivului contract,

- fie la plata de daune-interese,

- fie la alte sancțiuni comparabile cu una dintre cele două menționate mai sus.

Prin urmare, pentru invocarea acestei situații de excludere este suficientă îndeplinirea uneia dintre condițiile menționate în prima teză a art. 167 alin. (1) lit. g), cumulativ cu una dintre condițiile menționate în teza a doua, nefiind necesară îndeplinirea cumulativă a tuturor condițiilor prevăzute în prima teză, respectiv a tuturor celor prevăzute în a doua teză. Spre exemplu, pentru ca situația să fie considerată motiv de excludere:

- încetarea anticipată a contractului nu trebuie să fie însoțită în mod obligatoriu și de plata de daune-interese/alte sancțiuni comparabile, dar trebuie să fie o consecință a unei încălcări grave sau a unei încălcări repetate a obligațiilor contractuale principale;

sau

- încălcarea gravă a obligațiilor contractuale nu trebuie să fie și repetată, dar trebuie să fi condus la una dintre consecințele enumerate în teza a doua;

sau

- încălcările repetate nu trebuie să fie grave, dar trebuie să fi condus la una dintre consecințele enumerate în teza a doua.

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

În speța de față, ofertantul precizează faptul că acesta a avut și are în derulare contracte subsecvente semnate cu autoritățile emitente ale documentelor constatatoare prezentate, pe parcursul anilor 2022-2023.

Ținând cont că din documentele constatatoare rezultă că nu s-au produs prejudicii materiale cuantificabile și nu s-au încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale care îi reveneau operatorului în cadrul unui contract de achiziție publică încheiat anterior și întrucât însăși autoritățile emitente ale acelor documente constatatoare au acceptat încheierea și derularea de contracte cu S... COM S.R.L., comisia de evaluare consideră că în cazul prezentat nu există motive sustenabile pentru încadrarea operatorului economic în situația de excludere conform prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, achizitoarea arată că potrivit art. 166 alin. (8) din Anexa la H.G. nr. 395/2016, atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant pe baza unui document constatator negativ, comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, având în vedere totodată și prevederile art. 171 alin. (2) din Lege.

Atunci când aplică motive facultative pentru excludere, autoritatea contractantă trebuie să fie atentă în mod special la principiul proporționalității. Neregulile minore trebuie să ducă la excluderea unui operator economic doar în circumstanțe excepționale. Cu toate acestea, cazurile repetate de nereguli minore pot arunca asupra fiabilității unui operator economic un dubiu care ar putea justifica excluderea lui. În cazul de față, comisia de evaluare a ofertelor a considerat că erorile semnalate nu pot fi încadrate ca fiind repetate sau majore, astfel încât să fie necesară excluderea operatorului din procedura de achiziții publice.

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

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

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

Comisia de evaluare a ofertelor consideră că răspunsul la solicitarea de clarificări al ofertantului nu atrage excluderea sa din procedura de atribuire, iar bifa NU de la punctul C *Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, subpunct încetare anticipată, daune interese sau alte sancțiuni comparabile*, din DUAЕ, este

în concordanță cu decizia comisiei. În acest sens, simpla existență a documentelor constatatoare în raport cu care s-a formulat solicitarea de clarificări nu se circumscrie niciunuia dintre cazurile expres și limitativ prevăzute de art. 164-art. 171 din Legea nr. 98/2016 pentru sancționarea sau excluderea ofertantului în cadrul procedurii de achiziție publică.

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

Drept urmare, comisia de evaluare a ofertelor consideră că situația constatată nu poate fi încadrată în prevederile art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016.

În concluzie, în condițiile în care evaluarea ofertelor s-a realizat prin aplicarea corespunzătoare a dispozițiilor legale și analiza temeinică a înscrisurilor depuse de ofertanți, autoritatea contractantă consideră că prezenta contestație nu este întemeiată și apreciază că se impune respingerea ei.

Prin cererea de intervenție înregistrată la Consiliu cu nr./....., S... COM S.R.L. solicită respingerea contestației formulate de către S.R.L. și menținerea ca fiind temeinică și legal a Raportul procedurii nr. 23469/21.06.2023 și a tuturor actelor subsecvente ori care au stat la baza întocmirii raportului.

Intervenienta precizează că, deși cele 4 documente constatatoare au făcut obiectul analizei comisiei de evaluare din cadrul autorității contractante, după cum a arătat chiar contestatoarea, aceasta insistă asupra motivului, pur formal, legat de completarea D.U.A.E., în condițiile în care jurisprudența C.N.S.C. și a instanțelor din România (precum și a C.J.U.E.) arată că principiul proporționalității se opune unei excluderi automate pentru abateri procedurale.

Așadar, fondul prevalează forme, achizițiile publice având ca scop obținerea celei mai bune oferte, nu a celei mai atent redactate.

De altfel, temeiurile de drept invocate de către contestatoarea definesc abaterile condiționate de consecința produsă, așadar abaterile există în măsura în care se produce rezultatul vătămător.

De asemenea, intervenienta menționează că art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016 arată că este o abatere o declarație falsă dată în scopul ca autoritatea să nu poată verifica motivele de excludere, iar art. 167 alin. (1) lit. i) din același act normativ arată că furnizarea cu neglijență a unor informații eronate care influențează semnificativ decizia autorității este un motiv de excludere.

Or, și într-un caz, și în celălalt, câtă vreme cele 4 documente constatatoare au făcut obiectul analizei comisiei, e limpede și că motivele de excludere au fost verificate, și că procedura nu a fost nicicum influențată.

Totodată, societatea intervenientă menționează că art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016 cere pentru existența abaterii o intenție directă calificată cu scop, așadar societatea sa ar fi trebuit să omită de la declarare cele 4 documente constatatoare cu intenția ca acestea să nu poată fi verificate.

Or, societatea sa nu avea niciun motiv să fac acest lucru, în primul rând fiindcă documentele constatatoare sunt publice, iar în al doilea rând pentru că în cazul a trei documente constatatoare derulează contracte cu autoritățile emitente, contracte încheiate ulterior emiterii documentelor constatatoare, așadar bonitatea societății sale nu era pusă în discuție nici măcar de autoritățile emitente.

Autoarea intervenției precizează că al 4-lea document constatator era, la momentul completării D.U.A.E., contestat iar litigiul nu fusese finalizat. Prin urmare, a considerat că nu trebuie declarat acest document, apreciind că sunt aplicabile dispozițiile art. 171 pct. 5 din Legea nr. 98/2016, lucru pe care l-a arătat și în fața autorității în sprijinul căreia formulează cererea de intervenție.

De asemenea, intervenienta susține că nu avea cunoștință de documentele constatatoare emise de ... și a aflat cu prilejul acestei proceduri, iar cel emis de ..., autoritatea cu care a încheiat contracte ulterioare, este contestat și litigiul se află în desfășurare.

Prin urmare, societatea intervenientă apreciază că nu i se poate imputa intenția de a opri autoritatea contractantă să verifice eventualele motive de excludere fiindcă, pe lângă lipsa interesului, există alte considerente și împrejurări ce nu constituie intenție directă calificată cu scop, ce au stat la baza nedeclarării:

- nu a știut de existența a 2(două) documente și nu conțin dispoziții sancționatorii;
- nu erau finalizate litigiile ce priveau celelalte 2(două) documente;
- derulează contracte cu 3 dintre autoritățile emitente.

În opinia intervenientei, art. 167 alin. (1) lit. i) din Legea nr. 98/2016 nu a fost nicicum încălcat, câtă vreme pentru a exista abaterea trebuie ca procedura să fi fost semnificativ influențată. Or decizia autorității contractante a rămas aceeași și după analizarea documentelor constatatoare pe care societatea sa a omis să le declare, ori nu le-a declarat încredințată de faptul că nu trebuie declarate, nu cu intenția de a se sustrage de la analiza lor.

Legat de așa-zisa lipsă de tratament egal, autoarea intervenției consideră că fiecare participant trebuie tratat egal în situații identice sau echivalente.

Faptul că în situația particulară a unui participant, ce are emise documente constatatoare ce pot fi interpretate ca fiind negative, i se cer explicații, în opinia intervenientei nu e o încălcare a principiului tratamentului egal, ci e o procedură normată legal, autoritatea putând cere oricărui operator economic aflat într-o situație de excludere explicații.

Încălcarea acestui principiu ar fi putut fi invocată dacă un ofertant ar fi fost exclus doar pe baza existenței unor motive de excludere, fără să poată da explicații, iar altui ofertant i s-ar fi permis să dea explicații.

În concluzie, intervenienta solicită respingerea contestației formulate de către S.R.L. și menținerea ca fiind temeinică și legală Raportul procedurii nr. 23469/21.06.2023 și a tuturor actelor subsecvente ori care au stat la baza întocmirii raportului.

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

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

Din anunțul de participare amintit și fișa de date a achiziției, Consiliul reține că valoarea estimată a acordului-cadru este de 6.493.674,00 lei fără TVA, valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent pentru Lotul 7 fiind de 172.920,00 lei fără TVA, iar criteriul de atribuire este cel mai bun raport calitate - preț.

Conform celor precizate în *Raportul procedurii nr. 23469/21.06.2023*, în cadrul Lotului 7 - Fructe și legume proaspete au fost desemnate câștigătoare următoarele oferte:

- oferta depusă de S... COM S.R.L., cu o propunere financiară în sumă de 502.152,00 lei fără TVA și un punctaj de 100 puncte, fiind clasată pe locul I;

- oferta depusă de S.R.L., cu o propunere financiară în sumă de 518.580,00 lei fără TVA și un punctaj de 97,15 puncte, fiind clasată pe locul II.

Procedura de achiziție vizează încheierea unui acord-cadru cu 2 operatori pentru fiecare lot în parte.

Comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire a fost transmisă către S.R.L. prin adresa nr. 23471/21.06.2023.

Analizând conținutul dosarului cauzei, Consiliul constată că S.R.L. a transmis recipisa de consemnare nr. .., eliberată de CEC BANK Sucursala la data de 30.06.2023, din care rezultă consemnarea cauțiunii în valoare de 6.916,00 lei, pe seama și la dispoziția C.N.S.C., corespunzătoare dosarului nr. ...

Astfel, Consiliul constată că S.R.L. a constituit cauțiunea în cuantumul și în termenul prevăzut la art. 611 din Legea nr. 101/2016.

În soluționarea cauzei, Consiliul are în vedere, ca o chestiune prealabilă, faptul că, după depunerea contestației de către S.R.L.,

S... COM S.R.L. a depus Cererea de intervenție înregistrată la Consiliu cu nr./.....

Cu privire la admiterea în principiu a cererii de intervenție formulată de S... COM S.R.L., Consiliul are în vedere că în ceea ce o privește pe intervenientă, interesul acesteia este evident în condițiile în care oferta sa este declarată câștigătoare în cadrul procedurii de atribuire, pentru Lotul 7, conform Raportului procedurii nr. 23469/21.06.2023, motiv pentru care va admite, în principiu, cererea de intervenție formulată de aceasta și o califică ca fiind accesorie, în condițiile în care intervenția vizează menținerea ca fiind temeinice și legale a actelor autorității contractante.

În raport de dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 care stipulează că „Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației. În cazul procedurilor a căror inițiere nu se realizează prin publicare în SEAP, termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării contestației” și având în vedere că autoritatea contractantă a publicat în SEAP contestația formulată de S.R.L., la data de 03.07.2023, Consiliul constată că cererea de intervenție este formulată în cadrul termenului legal.

În conformitate cu prevederile art. 67 din Codul de Procedură Civilă, coroborat cu cele ale art. 68 din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza cererea de intervenție a ofertantei S... COM S.R.L., împreună cu contestația formulată de S.R.L.

Procedând la analiza cauzei, Consiliul constată că aceasta vizează modalitatea de evaluare a ofertei depusă de S... COM S.R.L., desemnată câștigătoare a Lotului 7.

Astfel sunt avute în vedere aspecte legate de faptul că, în opinia contestatoarei, desemnarea ofertei depusa de S... COM S.R.L., ca fiind admisibilă este nelegală, *întrucât acest ofertant se află sub incidența motivelor de excludere prevăzute la art. 167 alin. 1 lit. h și i din Legea 98/2016 cu modificările și completările ulterioare.*

Trecând la analiza celor reclamate datele speței pe scurt sunt următoarele:

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

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

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

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

Documentele la care se face referire sunt:

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

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

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

4. Documentul constatator încărcat în SEAP cu nr ... În informațiile despre document publicate în SEAP, autoritatea contractantă, la secțiunea „EXISTA PREJUDICII SAU PAGUBE” completează „Da”. Din documentul atașat reies următoarele:

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

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

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

„(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații:

[...]

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

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

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

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

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

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

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

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

1. ..., în documentul constatator 25789/16.05.2022, la care faceți referire, a menționat ca „Prejudicii: nu exista”. Problemele aparute în timpul derulării contractului au fost rezolvate pe cale amiabilă.

După emiterea acestui document am participat la o nouă procedură nr. CN 1046010 din 29.08.2022, organizată de aceeași autoritate contractantă, la care am fost acceptați, calificați și declarați castigatori pentru anumite loturi de produse.

De asemenea, o dovadă certă că nu am încălcat art. 167 din Legea 98/2016, o reprezintă faptul că am avut și avem în derulare contracte subsecvente semnate cu ..., pe parcursul anilor 2022-2023, ceea ce înseamnă că nu am produs prejudicii materiale cuantificabile și nu am încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce ne reveneau în cadrul unui contract de achiziție publică încheiat anterior.

2. La Penitenciarul Gaesti, în documentul constatator la care faceți referire, se menționează că nu sunt cuantificate prejudicii, iar la momentul respectiv problemele aparute s-au rezolvat pe cale amiabilă. După emiterea acestui document am participat la mai multe proceduri, una dintre ele cu nr. .../ 19.01.2023, organizate de aceeași autoritate contractantă, la care am fost acceptați, calificați și declarați castigatori.

De asemenea, o dovadă certă că nu am încălcat art. 167 din Legea 98/2016, o reprezintă faptul că am avut și avem în derulare contracte subsecvente semnate cu ..., pe parcursul anilor 2022-2023, ceea ce înseamnă că nu am produs prejudicii materiale cuantificabile și nu am încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce ne reveneau în cadrul unui contract de achiziție publică încheiat anterior.

3. La Penitenciarul Focșani, în documentul constatator la care faceți referire, se menționează că nu sunt cuantificate prejudicii, iar la momentul respectiv problemele aparute s-au rezolvat pe cale amiabilă.

După emiterea acestui document am participat la o nouă procedură nr. .. din 01.07.2022, la care am fost acceptați, calificați și declarați castigatori pentru anumite loturi de produse.

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

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

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

La articolul 171 din Lg.98/2016 punctul 5 mentioneaza "In cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situațiile de excludere prevăzute la art. 164 și 167 nu se aplică. "

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

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

Prin răspunsul la solicitarea de clarificări [.. RĂSPUNS SOLICITARE.pdf.p7s.. ofertantul răspunde punctual la fiecare solicitare a autorității contractante.

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

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

Așa cum a fost anterior reținut, criticile formulate de contestatoare vizează aspecte legate de faptul că, în opinia contestatoarei, desemnarea ofertei depusa de S... COM S.R.L., ca fiind admisibilă este nelegală, *întrucât acest ofertant se afla sub incidența motivelor de excludere prevăzute la art. 167 alin. 1 lit. h și i din Legea 98/2016 cu modificările si completările ulterioare.*

Se rețin și argumentele aduse de autoritatea contractantă în replică la cele reclamate de S.R.L. respectiv:

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

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

- drept urmare, Comisia de evaluare a ofertelor consideră că situația constatată nu poate fi încadrată în prevederile art. 167 alin. 1, lit. h) din Legea nr. 98/2016.

În cuprinsul Legii 98/2016 este reglementată posibilitatea operatorului economic în cauză de a furniza dovezi autorității contractante, prin care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

Concluzionând achizitoarea a evaluat precizările din cuprinsul răspunsului și a considerat că măsurile luate de operatorul economic sunt suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității.

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

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

- Art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016:

(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații:

(...)

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

h) operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate;

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

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

- Art. 171 din Legea nr. 98/2016:

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

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

(3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 le poate furniza autorității contractante, în sensul prevederilor alin. (1), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau altă

faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația, și la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite.

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

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

(4) În cazul în care operatorului economic i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune, care produce efecte în România, prevederile alin. (1) - (3) nu sunt aplicabile pe toată perioada de excludere stabilită prin respectiva hotărâre.

(5) În cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situațiile de excludere prevăzute la art. 164 și 167 nu se aplică:

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

b) dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant;

- Art. 166 din HG nr. 395/2016:

(1) Autoritatea contractantă are obligația de a emite documente constatatoare care conțin informații referitoare la îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, la eventualele prejudicii, după cum urmează:

a) pentru contractele de furnizare atribuite printr-o procedură de atribuire: în termen de 14 zile de la data finalizării livrării produselor care fac obiectul respectivului contract/contract subsecvent și, suplimentar, în termen de 14 zile de la data expirării perioadei de garanție tehnică a produselor în cauză;

(...)

(4) Documentele constatatoare emise de către entitatea contractantă în conformitate cu prevederile alin. (1) și (2) pot fi contestate potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare.

(5) Documentele constatatoare emise de autoritatea contractantă pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, pentru eventualele prejudicii se publică în SEAP, în termen de 60 de zile de la data emiterii, dar nu mai devreme de data expirării termenului pentru depunerea contestațiilor.

(5¹) Autoritatea contractantă are obligația de a actualiza în SEAP informațiile cu privire la documentul prevăzut la alin. (5) în termen de 5 zile de la momentul luării la cunoștință că situația de fapt ce a stat la baza emiterii respectivului document constatator trebuie modificată din cauze obiective.

(...)

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

- Art. 57 din Directiva nr. 24/2014/UE, transpusă în legislația națională:

(4) Autoritățile contractante **pot exclude** sau statele membre le **pot** solicita acestora să excludă de la participarea la o procedură de achiziție publică orice operator economic aflat în oricare din următoarele situații:

(...)

(b) dacă operatorul economic este în stare de faliment sau în situație de insolvență sau de lichidare, de administrare judiciară, de concordat preventiv, de încetare a activității sau în orice altă situație similară care rezultă în urma unei proceduri de aceeași natură prevăzute de legislația și reglementările naționale;

(c) dacă autoritatea contractantă poate demonstra prin mijloace adecvate că operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă, care pune sub semnul întrebării integritatea sa;

(...)

(g) dacă operatorul economic a dat dovadă de deficiențe semnificative sau persistente la îndeplinirea unei cerințe de fond prevăzute de un contract de achiziții publice anterior, de un contract anterior încheiat cu o entitate contractantă sau de un contract de concesiune anterior care au dus la încetarea anticipată a respectivului contract anterior, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile;

(...) În pofida literei (b) de la primul paragraf, statele membre pot solicita sau pot dispune posibilitatea pentru autoritatea contractantă de a nu exclude un operator economic care se află într-una dintre situațiile menționate la litera respectivă **atunci când autoritatea contractantă a stabilit că operatorul economic în cauză va fi capabil să execute contractul**, ținând cont de normele naționale aplicabile și de măsurile privind continuarea activității în cazul situațiilor menționate la litera (b).

(...)

(6) Orice operator economic care se află în una dintre situațiile menționate la alineatele (1) și (4) poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de operatorul economic sunt suficiente pentru a demonstra fiabilitatea acestuia, în ciuda existenței unui motiv relevant de excludere. Dacă astfel de dovezi sunt considerate suficiente, operatorul economic în cauză nu este exclus de la procedura de achiziție.

Vizavi de interpretarea dispozițiilor mai sus citate, sunt de amintit considerentele reținute de **Curtea de Apel Oradea – Secția de Contencios Administrativ și Fiscal**, prin **Decizia nr. 481/CA/04.08.2022**:

În interpretarea sistematică a acestor dispoziții legale rezultă că reprezintă un motiv de excludere facultativă din cadrul procedurii de atribuire încălcarea de către un ofertant, în mod grav sau repetat, a obligațiilor principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, în condițiile în care aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Caracterul facultativ al acestui motiv de excludere implică existența unui drept de apreciere proprie al autorității contractante care desfășoară procedura de atribuire cu privire la caracterul grav sau repetat al abaterii săvârșite de ofertant în executarea unui contract anterior și referitor la posibilitatea respectivului ofertant de a-și îndeplini corespunzător obligațiile care i-ar reveni dacă i s-ar atribui contractul pentru care se desfășoară procedura.

De asemenea, din interpretarea sistematică a dispozițiilor legale menționate, care transpun în dreptul intern legislația secundară a U.E. în materie de achiziții publice, rezultă că **dreptul autorității contractante de a aprecia dacă se impune sau nu excluderea ofertantului aflat în situația prevăzută de la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 mai cunoaște o limitare constând în obligația autorității contractante de a-i da posibilitatea ofertantului interesat să aducă dovezi privind luarea**

unor masuri corective, de natură a înlătura cauzele care au determinat incidența motivului de excludere.

Pe de altă parte, asupra caracterului adecvat pentru demonstrarea credibilității ofertantului al măsurilor luate de acesta din urmă, **autoritatea contractantă este de asemenea îndreptățită să aibă o apreciere proprie, însă această apreciere trebuie să fie una motivată.**

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

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

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

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

34. Or, astfel cum s-a arătat la punctul 28 din prezenta hotărâre, reiese din textul articolului 57 alineatul 4 din Directiva 2014/24 că **legiuitorul Uniunii a intenționat să încredințeze autorității contractante, și doar acesteia, în faza de selecție a ofertanților, sarcina de a aprecia dacă un candidat sau un ofertant trebuie să fie exclus de la o procedură de achiziții publice.**

Aceeași instanță europeană a făcut trimitere la cele mai sus evocate și în Hotărârea din 3 octombrie 2019 în cauza C-267/18 Delta

Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA împotriva Companiei Naționale

de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, **CJUE s-a pronunțat astfel:**

25. Astfel cum rezultă din modul de redactare a articolului 57 alineatul (4) din Directiva 2014/24, legiuitorul Uniunii a intenționat să încredințeze autorității contractante și doar acesteia, în faza de selecție a ofertanților, sarcina de a aprecia dacă un candidat sau un ofertant trebuie să fie exclus de la o procedură de achiziție publică (Hotărârea din 19 iunie

2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, punctul 34).

26. Această posibilitate de care dispune orice autoritate contractantă de a exclude un ofertant de la o procedură de achiziție publică este menită în special să îi permită să aprecieze integritatea și fiabilitatea fiecăruia dintre ofertanți. În special, cauza facultativă de excludere menționată la articolul 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24 coroborat cu considerentul (101) al acestei directive are la bază un element esențial al relației dintre ofertantul câștigător și autoritatea contractantă, și anume fiabilitatea ofertantului, pe care se întemeiază încrederea acordată acestuia de autoritatea contractantă (a se vedea în acest sens

Hotărârea din 19 iunie 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, punctele 29 și 30).

27. Stabilirea unei relații de încredere între autoritatea contractantă și ofertantul câștigător presupune, așadar, ca această autoritate contractantă să nu fie în mod automat ținută de aprecierea făcută, în cadrul unui contract de achiziții publice anterior, de o altă autoritate contractantă, în special pentru a fi în măsură să acorde o atenție deosebită principiului proporționalității la momentul aplicării cauzelor facultative de excludere (a se vedea

în acest sens Hotărârea din 19 iunie 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, punctele 30 și 32).

Astfel, acest principiu impune ca autoritatea contractantă să examineze și să aprecieze ea însăși faptele. În această privință, astfel cum a arătat domnul avocat general la punctul 32 din concluziile sale, din modul de redactare a articolului 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24 reiese că neregula săvârșită de ofertant trebuie să fi fost suficient de gravă pentru a justifica, din perspectiva principiului proporționalității, rezilierea contractului.

28. Rezultă că o autoritate contractantă nu poate deduce în mod automat din decizia unei alte autorități contractante de a rezilia un contract de achiziții publice anterior, pentru motivul că ofertantul ar fi subcontractat o parte din lucrări fără autorizarea sa prealabilă, că acest ofertant a dat dovadă de deficiențe semnificative sau persistente, în sensul articolului 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24, referitor la îndeplinirea unei cerințe de fond aferente acestui contract de achiziții publice.

29. Revine astfel autorității contractante sarcina de a efectua propria evaluare a comportamentului operatorului economic vizat de rezilierea unui contract de achiziții publice anterior. În această privință, ea trebuie să examineze, în mod diligent și imparțial, pe baza tuturor elementelor relevante, printre care decizia de reziliere, și având în vedere principiul proporționalității, dacă acest operator este, din punctul său de vedere, răspunzător pentru deficiențe semnificative sau persistente de care a dat dovadă la îndeplinirea unei cerințe de fond care îi revenea în cadrul contractului menționat, deficiențele respective fiind susceptibile să provoace ruperea legăturii de încredere cu operatorul economic în cauză.

(...)

37 (...) în cazul în care constată că sunt îndeplinite condițiile prevăzute la articolul 57 alineatul (4) litera (g) sau (h) din Directiva 2014/24, autoritatea contractantă trebuie, pentru a respecta prevederile articolului 57 alineatul (6) din această directivă coroborat cu considerentul (102) al directivei menționate, să lase posibilitatea operatorului economic în cauză să furnizeze

dovezi care să ateste că măsurile corective pe care acesta din urmă le-a luat sunt suficiente

pentru a evita repetarea neregularității aflate la originea rezilierii contractului de achiziții publice anterior și că, prin urmare, acestea sunt de natură să demonstreze fiabilitatea sa în pofida existenței unei cauze facultative de excludere relevante.

În mod judicios a reținut Consiliul că, raportat la normele legale incidente și la jurisprudența C.J.U.E. în materie, rezultă că în ipoteza existenței unui motiv de excludere facultativă, **existența unui document constatat al situației nu conduce în mod automat la excludere**, iar pe de altă parte, că, prezentarea unor dovezi privind măsurile luate de ofertant pentru înlăturarea cauzelor care au condus la neexecutarea contractului anterior poate să convingă sau poate să nu convingă autoritatea contractantă cu privire la credibilitatea prezentă a ofertantului.

Consiliul face trimitere la recitalul 101 din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului:

(...)Ținând seama de faptul că autoritatea contractantă va fi responsabilă pentru consecințele eventualei sale decizii eronate, autoritățile contractante ar trebui, de asemenea, să dispună în continuare de libertatea de a considera că a existat o abatere profesională gravă, în cazul în care, înainte de luarea unei decizii finale și obligatorii privind prezența motivelor obligatorii de excludere, pot demonstra, prin orice mijloace adecvate, că operatorul economic a încălcat obligațiile care îi revin, inclusiv obligațiile legate de plata impozitelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale, cu excepția unor dispoziții contrare dreptul intern. Acestea ar trebui, de asemenea, să fie în măsură să excludă candidați sau ofertanți a căror performanță în alte contracte de achiziții publice din trecut a arătat deficiențe majore în ceea ce privește cerințele de fond, de exemplu, nerespectarea obligației de a furniza sau de a executa, deficiențe semnificative ale produsului sau ale serviciului furnizat, ceea ce le face inutilizabile pentru scopul propus, sau un comportament necorespunzător care aruncă îndoieli serioase cu privire la fiabilitatea operatorului economic (...).

Din interpretarea tuturor acestor dispoziții legale, rezultă faptul că autoritatea contractantă **are obligația** de a exclude operatorul care se află în situațiile de excludere prevăzute la art. 167 din Legea nr. 98/2016 [în speță, lit. g)], operator care, la rândul său, are posibilitatea de a furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea; de aici, concluzia că, pe de o parte, existența unui document constatat al situației nu conduce în mod automat la excludere, iar pe de altă parte, că, prezentarea unor astfel de dovezi **poate sau nu să convingă autoritatea contractantă, care-și poate asuma răspunderea de a păstra în procedură ofertantul**.

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

Însă, stabilirea incidenței acestei situații de excepție este lăsată la aprecierea autorității contractante, aspect în strânsă legătură cu

principiul asumării răspunderii statuat de art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016, comisiei de evaluare revenindu-i sarcina de a stabili dacă prin documentele depuse, ofertantul dovedește că are capacitatea de a furniza bunurile ce fac obiectul prezentei proceduri de atribuire.

Această concluzie este susținută și de interpretarea gramaticală a dispozițiilor art. 171 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 potrivit cu care: ***„În cazul în care autoritatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire”.***

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

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

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

Potrivit art. 166 alin. (1) din HG nr. 395/2016, *„Autoritatea contractantă are obligația de a emite documente constatatoare care conțin informații referitoare la îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, la eventualele prejudicii, [...]”*, iar conform alin. (8) al aceluiași articol, *„Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) [lit. g\)](#) din Lege.”*

Drept urmare, dacă legiuitorul ar fi dorit ca excluderea operatorului economic să intervină ca efect al existenței, pur și simplu, a unui document constatator emis în baza art. 166 alin. (1) din HG nr. 395/2016, ar fi prevăzut în mod clar această posibilitate. Însă, așa cum este înscris la art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016, decizia de

respingere a unui ofertant pe baza unui document constatator, trebuie să fie precedată de o verificare obligatorie a faptului că acest document „reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege.”

Prin urmare, nici din conținutul documentului constatator și nici din textele de lege ce reglementează emiterea și efectele sale, nu rezultă că efectul unui astfel de document este excluderea viitoare, din alte proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică, a operatorului economic pentru care a fost emis. Astfel, devine lipsit de relevanță dacă documentul constatator a fost sau nu anulat, faptul neatacării lui de către operatorul economic pentru care a fost emis neputând să-i confere efecte neprevăzute de lege.

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

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

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

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

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

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

În considerarea celor antemenționate sunt relevante precizările contestatoarei, potrivit căror:

În urma primirii răspunsului la solicitarea de clarificări, **comisia de evaluare nu a analizat în detaliu răspunsul primit**, cel puțin d.p.d.v. al încadrării în prevederile art. 167, alin.(1) lit i, din Legea 98/2016, privind furnizarea de informații eronate care pot avea o influență semnificativă asupra deciziilor autorității contractante privind excluderea din procedura de atribuire **s-a limitat doar să consemneze în procesul verbal cu nr.21377/06.06.2023:**

Prin răspunsul la solicitarea de clarificări [... .. RĂSPUNS SOLICITARE.pdf.p7s, ofertantul răspunde punctual la fiecare solicitare a autorității contractante.

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

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

Cu ocazia elaborării punctului de vedere asupra contestației, achizitoarea argumentează astfel:

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

- în speța de față, ofertantul precizează faptul că acesta a avut și are în derulare contracte subsecvente semnate cu autoritățile emitente ale documentelor constatatoare prezentate, pe parcursul anilor 2022-2023.

- ținând cont că din documentele constatatoare rezultă că nu s-au produs prejudicii materiale cuantificabile și nu s-au încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale care îi reveneau operatorului în cadrul unui contract de achiziție publică încheiat anterior și întrucât însăși autoritățile emitente ale acelor documente constatatoare au acceptat încheierea și derularea de contracte cu S.C. S... COM S.R.L., comisia de evaluare a ofertelor consideră că în cazul prezentat nu există motive sustenabile pentru încadrarea operatorului economic în situația de excludere conform prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Însă din actele evaluării întocmite de comisia abilitată cu atribuirea contractului supus prezentei achiziții, rezultă că aspectele precizate de achizitoare în punctul de vedere formulat nu au format obiectul analizei membrilor comisiei.

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

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

ocazia primirii răspunsului ofertantei, aceasta nu a făcut o analiză a conținutului acestuia și implicațiilor.

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

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

Reține Consiliul faptul că la art. 171 din același act normativ, legiuitorul a prevăzut că orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167, deci, inclusiv în situațiile reglementate de literele g) și h), care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

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

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

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

(3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 le poate furniza autorității contractante, în sensul prevederilor alin. (1), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația, și la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite.

Nici invocarea dispozițiilor legale prevăzute de art. 171, pct. (5) din Legea nr. 98/2016, prin care situațiile de excludere nu se aplică operatorului economic pentru care nu a fost emisă o hotărâre rămasă definitivă a unei instanțe de judecată, nu este judicioasă în cauză, atâta

vreme cât, condiția de neaplicare este menționată la subpunctul b)... *expirarea unei perioade de 3 ani de la data apariției situației, savarsirii faptei sau producerii evenimentului relevant*, iar în speța de față nu sunt incidente dispozițiile amintite, documentul constatator fiind emis de .. la data de 04.01.2022, astfel nu a expirat perioada de 3 ani, prevăzută de dispozițiile legale amintite.

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

"(...) nu am produs prejudicii materiale cuantificabile si nu am incalcat in mod grav sau repetat obligațiile principale ce ne reveneau in cadrul unui contract de achiziție publica incheiat anterior";

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

"(...) se mentioneaza ca nu sunt cuantificate prejudicii, iar la momentul respectiv problemele aparute s-au rezolvat pe cale amiabila

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

În cuprinsul Deciziei civile nr. 3583/25.09.2017, a Curții de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, s-a reținut, în referire la interpretarea art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, similar art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, că enumerarea din conținutul acestei norme nu vizează necesitatea identificării prejudiciului ca element al faptei de încălcare gravă a obligațiilor principale care îi reveneau operatorului ofertant în cadrul unui contract de achiziții publice sau al unui contract sectorial, ci și încetarea anticipată a respectivului contract, aspect care rezultă inclusiv din ambele reglementări, atât din OUG nr. 34/2016, cât și din Legea nr. 99/2016, astfel încât 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 (...).

Aceeași Curte de Apel, în interpretarea aceluiași dispoziții legale, a reținut în decizia nr. 391/25.01.2018 următoarele: Procedând la interpretarea gramaticală și teleologică a prevederilor art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, curtea reține că efectele/urmările încălcărilor la care se referă textul de lege menționat anterior sunt prevăzute în mod alternativ, iar nu în mod cumulativ. Astfel, din interpretarea gramaticală a prevederilor art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, curtea reține că utilizarea conjuncției "sau" indică necesitatea de a alege între două sau mai multe alternative, respectiv încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile, pentru a se putea dispune excluderea din procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru a

unui operator economic. În aceste condiții, curtea reține că sunt întrunite cerințele prevăzute de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, în situația în care nerespectarea gravă sau repetată a obligațiilor contractuale asumate printr-un contract de achiziție publică, *latto sensu*, a avut ca urmare oricare dintre consecințele juridice prevăzute cu titlu exemplificativ de legiuitor, respectiv încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

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

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

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

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

Reține Consiliul faptul că la art. 171 din același act normativ, legiuitorul a prevăzut că orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167, deci, inclusiv în situațiile reglementate de literele g) și h), care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

Având în vedere dispozițiile legale mai sus redată, Consiliul reține că prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) nu trebuie utilizate ca un instrument de excludere a oricărui operator economic care a greșit la un moment în contextul îndeplinirii unui contract, cu atât mai mult cu cât este posibil să existe o culpă comună a autorității contractante și executantului. Astfel, aprecierea lăsată la latitudinea autorității

contractante nu trebuie interpretată ca fiind echivalentă cu un drept ce poate fi exercitat în orice condiții, sau că existența documentului constator, conduce, de drept, la respingerea ofertantului.

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

Or, pe lângă faptul că punctul de vedere este un act întocmit în procedura de remedii, iar nu unul emis de comisia de evaluare în procesul de atribuire, Consiliul observă că de niciunde nu rezultă că acesta are la baza un act asumat de membrii comisiei în acord cu atribuțiile stabilite în sarcina lor de art. 127 din H.G. nr. 395/2016.

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

Totodată, se reține că această verificare nu poate fi realizată de Consiliu, întrucât s-ar subroga atribuțiilor comisiei de evaluare, sens în care sunt redată considerentele reținute în Decizia civilă nr. 525/11.09.2019 de Curtea de Apel București într-o cauză având ca parte chiar pe contestatorul de față, și anume: În altă ordine de idei, instanța este de acord cu punctul de vedere al petentei în sensul că din coroborarea dispozițiilor legale incidente reiese faptul că analiza îndeplinirii cumulative a prevederilor art. 167 alin. 1 lit. g și implicit h din Legea nr. 98/2016, nu putea fi făcută direct de către CNSC, cu ocazia soluționării contestației, pe această cale putând numai fi verificată legalitatea și temeinicia deciziei autorității contractante luate în urma analizei verificării credibilității operatorului, potrivit prevederilor art. 171 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016.

Autoarea contestației S.R.L. precizează următoarele aspecte:

- în momentul în care au constatat ca ofertantul SC ... SRL, a furnizat informații eronate sau în fals în documentul DUAE, membrii comisiei de evaluare, aveau obligația evaluării răspunsului la solicitarea de clarificări, d.p.d.v. al prevederilor art.167 alin(l) lit h și i din Legea 98/2016 și nicidecum dacă se încadrează în prevederile art.167 alin(l) lit g din Legea 98/2016.

- dorim să menționăm faptul că răspunsul la solicitarea de clarificări nu a fost analizat cu atenție, deoarece 3 documente contestatoare din care rezulta că operatorul economic și-a încălcat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul contractelor de achiziții publice deoarece nu a furnizat întreaga cantitate de produse solicitată drept pentru care au fost reziliate contractele sau a avut probleme în legătură cu calitatea produselor oferite, fapt care a dus la rezilierea contractului de achiziție publică, sunt în vigoare, deoarece nu se afla în procedura de contestare, conform prevederilor legale.

Vizavi de necesitatea excluderii operatorului economic pentru completarea în mod incorect a formularului DUAE și declararea falsă a

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

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

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

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

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

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

În justificarea acestei concluzii, Consiliul are în vedere considerentele reținute de Curtea de Apel București, în Decizia civilă 13/28.06.2022, în cuprinsul căreia se precizează:

Răspunzând punctual criticilor formulate de petenta ..., Curtea reține: C.1.1. Referitor la încadrarea de către CNSC a asociatului ... într-un caz de excludere, în condițiile nementionării în DUAЕ de către acest asociat al ... a faptului că s-ar afla într-un caz de excludere ca urmare a unui document constatator negativ transmis unei asocieri din care a făcut parte și ...-

Documentul constatator negativ nr. ...25.03.2019 emis de ..., nementionare ce ar reprezenta o declarație falsă în sensul art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, Curtea reține că în cadrul procedurii de evaluare, Comisia autorității contractante a procedat la verificarea în platforma SEAP/SICAP (www.e-licitatie.ro) - rubrica „Documente constatatoare” a existenței unor documente constatatoare emise pentru ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire, identificând astfel trei documente constatatoare din 2021, iar cu privire la Documentul constatator nr. ...25.03.2019, comisia de evaluare a reținut că „la momentul verificării în platforma SEAP/SICAP a existenței unor documente constatatoare emise pentru ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire, acesta nu a fost regăsit, fapt pentru care Comisia de Evaluare nu l-a putut analiza. Având în vedere aceste aspecte, Comisia de Evaluare nu poate emite un punct de vedere pe un document pe care nu l-a analizat/verificat.”

Potrivit textului normativ menționat, „(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: (...) h). operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate; (...)”.

De asemenea, potrivit art. 171 din Lege, „(1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la articolele 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. ”

În cazul dedus judecății este vorba despre o omisiune, de care s-ar face vinovată Asocierea câștigătoare, referitoare la necomunicarea faptului că asociatul său ... a făcut anterior parte dintr-o altă asocieră căreia aceeași autoritate contractantă ..., i-a emis documentul constatator negativ menționat cu privire la Contractul de execuție lucrări nr. ..., având ca obiect (...).

De plano, Curtea subliniază că în virtutea principiului proporționalității, pentru a verifica incidența cazului de excludere, **esențială este determinarea împrejurării dacă informația nefurnizată este semnificativă pentru decizia autorității contractante, cu atât mai mult, cu cât aceasta este emitenta respectivei informații.** (...).

Totodată, documentul constatator ... menționează că nu a fost îndeplinit în mod corespunzător contractul, motivul fiind că „Nu au fost efectuate remedierile pe perioada de garanție de bună-execuție, ceea ce a dus la respingerea recepției finale”, iar din Adresa nr. ...emisă de ..., ca și din Recomandarea emisă de ...) rezultă că proiectantul ... a prestat servicii de înaltă calitate. (...)

Ca atare, nu se poate imputa ... că informația existenței respectivului document constatator se referă la o încălcare a obligației de informare „în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție” în sensul art. 167 alin. 1 lit. h din Legea nr.98/2016, iar nementionarea acestei informații nu este suficientă, prin ea însăși, pentru a fi incident cazul de excludere prevăzut de art. 167 alin.1 lit.h din Legea 98/2016.

Chiar dacă legislația achizițiilor încredințează doar autorității contractante, în faza de selecție a ofertanților, sarcina de a aprecia dacă un ofertant trebuie exclus de la o procedură, această posibilitate nu trebuie exercitată în mod arbitrar, marja de apreciere a autorității presupunând posibilitatea de a opta între mai multe soluții care corespund scopului legii, respectiv alegerea unui ofertant în privința căruia să nu existe dovezi de deficiențe semnificative sau persistente. Or, autoritatea contractantă fiind cea căreia îi revine sarcina de a efectua propria evaluare a comportamentului operatorului economic vizat de eventuale cauze de excludere anterioare, aceasta, prin Comisia de evaluare, are dreptul de a stabili dacă prin documentele depuse, ofertantul dovedește că are capacitatea de a presta serviciile ce fac obiectul prezentei proceduri de atribuire.

În acest context, Curtea are în vedere și raționamentul CJUE expus în Hotărârea din 03.10.2019 în cauza C-267/18 Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA v. CNAIR,

respective că „25. Astfel cum rezultă din modul de redactare a articolului 57 alineatul (4) din Directiva 2014/24, legiuitorul Uniunii a intenționat să încredințeze autorității contractante și doar acesteia, în faza de selecție a ofertanților, sarcina de a aprecia dacă un candidat sau un ofertant trebuie să fie exclus de la o procedură de achiziție publică (Hotărârea din 19 iunie 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, punctul 34).

26 Această posibilitate de care dispune orice autoritate contractantă de a exclude un ofertant de la o procedură de achiziție publică este menită în special să îi permită să aprecieze integritatea și fiabilitatea fiecăruia dintre ofertanți. În special, cauza facultativă de excludere menționată la articolul 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24 coroborat cu considerentul (101) al acestei directive are la bază un element esențial al relației dintre ofertantul câștigător și autoritatea contractantă, și anume fiabilitatea ofertantului, pe care se întemeiază încrederea acordată acestuia de autoritatea contractantă (a se vedea în acest sens Hotărârea din 19 iunie 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, punctele 29 și 30)."

În consecință, sunt eronate concluziile ... în sensul omisiunii ... de a declara existența documentului constatator în discuție, care este lipsit de relevanță în raport cu finalitatea normei legale invocate, vizând verificarea absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție(...)"

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

Față de motivele enunțate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul admite contestația formulată de S.R.L., în contradictoriu cu ..., în ceea ce privește Lotul 7 - Fructe și legume proaspete

Anulează, în parte, *Procesul-verbal nr. 21377/06.06.2023* și *Raportul procedurii nr. 23469/21.06.2023*, în partea care privește rezultatul evaluării ofertei depusă de S... COM S.R.L. precum și actele subsecvente și obligă ... la reevaluarea acestei oferte, în ceea ce privește demersurile asupra documentelor constatatoare, în raport de dispozițiile prevăzute de art. 171 din Legea nr. 98/2016, pentru obținerea informațiilor și dovezilor necesare evaluării ofertei, conform celor precizate în motivare, în acord cu dispozițiile legale în termen de 20 zile de la primirea deciziei, în ceea ce privește Lotul 7 - Fructe și legume proaspete.

Față de cele reținute cu prilejul examinării contestației, pe cale de consecință Consiliul apreciază ca fiind neîntemeiată Cererea de intervenție formulată de S... COM S.R.L., înregistrată la Consiliu cu nr. /, motiv pentru care o va respinge.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de S.R.L., cu sediul în, în contradictoriu cu, cu sediul în,.....

Anulează, în parte, *Procesul-verbal nr. 21377/06.06.2023* și *Raportul procedurii nr. 23469/21.06.2023*, în partea care privește rezultatul evaluării ofertei depusă de S... COM S.R.L. precum și actele subsecvente și obligă ... la reevaluarea acestei oferte, în ceea ce privește demersurile asupra documentelor constatatoare, în raport de dispozițiile prevăzute de art. 171 din Legea nr. 98/2016, pentru obținerea informațiilor și dovezilor necesare evaluării ofertei, conform celor precizate în motivare, în acord cu dispozițiile legale în termen de 20 zile de la primirea deciziei, în ceea ce privește Lotul 7 - Fructe și legume proaspete.

Respinge cererea de intervenție înregistrată la Consiliu cu nr./....., formulată de S... COM S.R.L., cu sediul în, ..., ..., județul, ca nefondată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

MEMBRU,

MEMBRU,

Redactat în 5 (cinci) exemplare originale, conține 30 (treizeci) pagini.