



În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 923/C11/725

Data: 04.05.2022

Prin contestația nr. / 23.03.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. / 24.03.2022, formulată de SC SA, cu sediul în, str., ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI RO, reprezentată legal de - director general, formulată împotriva adreselor privind comunicarea rezultatelor analizei ofertelor având numerele de înregistrare / 16.03.2022, nr. / 16.03.2022 și nr. / 16.03.2022, emise de SA, cu sediul în, ..., ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, în vederea încheierii pe loturi a acordului-cadru de achiziție publică de furnizare, având ca obiect „Contoare monofazate și trifazate de energie electrică”, lot nr. 2, lot nr. 3 și lot nr. 4 anunț de participare nr. / 20.09.2021, s-a solicitat Consiliului:

„ - *anularea ca netemeinică și nelegale a adreselor nr. / 16.03.2022, nr. / 16.03.2022 și nr. / 16.03.20223305, prin care a fost comunicat rezultatul procedurii pentru lotul 2, lotul 3 și lotul 4, respectiv*

- *anularea parțială a raportului procedurii de atribuire nr. / 14.03.2022 și a actelor subsecvente acestuia, în ceea ce privește loturile 2, 3 și 4 precum și*

- *reluarea procedurii de atribuire pentru loturile 2, 3 și 4 de la etapa verificării condițiilor de participare, respectiv a informațiilor preliminare prezentate de ofertanți în DUAE, cu respectarea prevederilor legale în materia achizițiilor publice, a prevederilor din documentația de atribuire și a celor menționate în prezenta contestație, în sensul*

- *constatării că oferta asocierii (Lider) - este neconformă și inacceptabilă, urmând a fi exclusă din procedură pentru*

încălcarea de către ofertant a obligațiilor prevăzute în documentele de licitație și de legislația în vigoare”.

Asocierea - prin liderul SRL, cu sediul în comuna, ..., ..., ..., ..., având adresa de corespondență în, str., ..., având CUI RO, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., reprezentată de, administrator, a formulat cerere de intervenție în interesul entității contractante nr. /, înregistrată la Consiliu cu nr. / 05.04.2022, prin care a solicitat:

- admiterea cererii de intervenție;
- respingerea contestației formulată de către SC SA;
- menținerea ca fiind temeinică și legală decizia entității contractante, respectiv aceea de declarare drept câștigătoare a ofertei SRL.

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.

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 SC SA solicită cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Prin contestația formulată, SC SA menționează că, autoritatea contractantă a organizat procedura de licitație deschisă pentru atribuirea acordului-cadru de achiziție sectorială având ca obiect furnizarea de „Contoare monofazate și trifazate de energie electrică”, procedura fiind împărțită în 4 loturi, iar ofertanții având posibilitatea de a depune oferte pentru unul sau mai multe loturi.

Conform pct. II. 1.5 din fișa de date, valoarea totală estimată a achiziției este de 50.219.500 lei, fără TVA. Acordul-cadru urmând a se încheia cu ofertanții clasati pe primele 3 locuri, iar contractele subsecvente se vor încheia cu ofertantul clasat pe primul loc, iar în situația neîndeplinirii obligațiilor asumate ori rezilierii contractului subsecvent din vina acestuia, următoarele contracte subsecvente vor fi încheiate cu ofertantul clasat pe locul următor.

Procedura a fost împărțită pe loturi, în funcție de tipul și caracteristicile produselor achiziționate, astfel:

- lotul 1 având ca obiect „contor static monofazat, 5 (40) A (minim), EA” și o valoare estimată de 30.148.400 lei;

- lotul 2 având ca obiect „contor static monofazat, 5 (40) A (minim), EA+ER” și o valoare estimată de 7.524.100 lei;
- lotul 3 având ca obiect „contor static trifazat, 5 (100) A (minim), EA conectare directă” și valoare estimată de 10.556.200 lei;
- lotul 4 având ca obiect „contor static trifazat, 5 (100) A (minim), EA+ER conectare directă” și o valoare estimată de 1.990.800 lei.

Conform fișei de date a achiziției, criteriul de atribuire stabilit pentru toate cele 4 loturi a fost „*cel mai bun raport calitate-preț*”, în care componenta financiară are o pondere de 85%, iar componenta tehnică, respectiv perioada de garanție acordată echipamentelor, o pondere de 15%.

Societatea contestatoare precizează că la data de 16.03.2022 a primit adresele privind comunicarea rezultatelor evaluării ofertelor depuse pentru cele 4 loturi, astfel:

- pentru lotul 1 a fost emisă adresa nr. / 16.03.2022, prin care a fost informat că oferta sa a fost neconformă, fiindcă nu a satisfăcut în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini. Cu privire la acest lot contestatoarea înțelege să nu formuleze contestație, informațiile cu privire la acest lot fiind prezentate pentru a înfățișa imaginea de ansamblu asupra întregii proceduri. Menționează totuși că motivele de excludere invocate pentru loturile 2, 3 și 4 sunt aplicabile și în cazul acestui lot, astfel încât autoritatea contractantă sau CNSC pot să adopte măsurile de remediere necesare;

- pentru lotul 2 a fost emisă adresa nr. / 16.03.2022 - comunicare acceptare ofertă câștigătoare, prin care a fost informat că în urma evaluării oferta sa a fost acceptată, considerată câștigătoare și s-a clasat pe locul 2, iar oferta clasată pe primul loc este cea a asocierii (Lider) -

- pentru lotul 3 a fost emisă adresa nr. / 16.03.2022 - comunicare acceptare ofertă câștigătoare, prin care a fost informat că în urma evaluării, oferta sa a fost acceptată, considerată câștigătoare și se clasează pe locul 2, iar oferta clasată pe primul loc este cea a Asocierii (Lider) -

- pentru lotul 4 a fost emisă adresa nr. / 16.03.2022 - comunicare acceptare ofertă câștigătoare, prin care a fost anunțat că în urma evaluării oferta sa a fost acceptată, considerată câștigătoare și se clasează pe locul 2, iar oferta clasată pe primul loc este cea a asocierii (Lider) -

Conform raportului procedurii nr. / 14.03.2022, pentru fiecare dintre cele 4 loturi au fost depuse câte 2 oferte, respectiv oferta contestatoarei și oferta asocierii (Lider) - care a fost declarată câștigătoare (pentru toate cele 4 loturi).

Referitor la loturile 2, 3 și 4 din raportul procedurii rezultă că ambii ofertanți au îndeplinit condițiile de participare și cerințele minime asociate, fiind verificate informațiile preliminare prezentate de ofertanți în DUAE și documentele ce îl însoțeau. De asemenea, propunerile tehnice au fost evaluate de comisia de evaluare în raport de cerințele minime din

caietul de sarcini și s-a constatat că ambele oferte depuse îndeplinesc cerințele autorității contractante. Ulterior s-a procedat la evaluarea ofertelor financiare și s-a constatat că ambele oferte sunt admisibile, iar ca urmare a aplicării criteriului de atribuire a fost stabilit clasamentul ofertanților, astfel:

- lotul 2: asocierea (Lider) - a obținut 100 de puncte și s-a clasat pe locul 1; SA a obținut 91,97 puncte și s-a clasat pe locul 2.

- lotul 3: asocierea (Lider) - a obținut 100 de puncte și s-a clasat pe locul 1; SA a obținut 92,95 puncte și s-a clasat pe locul 2.

- lotul 4: asocierea (Lider) - a obținut 100 de puncte și s-a clasat pe locul 1; SA a obținut 98,94 puncte și s-a clasat pe locul 2.

După primirea raportului procedurii, prin adresele nr. și nr. /18.03.2022, societatea contestatoare a solicitat acces la dosarul achiziției publice, inclusiv la oferta depusă de asocierea stabilită câștigătoare ori cel puțin la documentele de calificare (inclusiv DUAЕ), depuse de aceasta. Prin adresele nr. /17.03.2022 și nr. /18.03.2022, autoritatea contractantă a comunicat faptul că oferta câștigătoare ar fi confidențială integral (inclusiv documentul DUAЕ) și nu poate fi vizualizată, astfel că singurele documente la care ne-a fost acordat accesul sunt raportul procedurii și procesele verbale de evaluare, fapt confirmat și prin încheierea procesului verbal nr. /18.03.2022.

În urma consultării documentelor din cadrul dosarului achiziției care i-au fost puse la dispoziție, contestatoarea a constatat că ofertantul clasat pe locul I, asocierea (Lider) - ar fi trebuit exclus din procedură, fiind incidente motivele de excludere prevăzute de dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. g), h) și i) din Legea nr. 99/2016, astfel:

Societatea contestatoare consideră că asocierea (Lider) - a fost în mod nelegal stabilită câștigătoare. În acest sens menționează următoarele argumente:

Conform pct. III. 1) Condiții de participare din fișa de date, în cadrul secțiunii III. 1.1 .a) Situația personală a candidatului sau ofertantului, fiecare ofertant trebuia să completeze în SICAP Formularul DUAЕ (Document unic de achiziție european). În cazul unei asocieri, această obligație incumbă fiecărui asociat.

DUAЕ constă într-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 reprezintă 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 și îndeplinește criteriile de selecție relevante.

Potrivit fișei de date, prin completarea DUAЕ, ofertanții trebuie să confirme că nu se află în niciuna din situațiile de excludere prevăzute la art. 177, 178 și 180 din Legea nr. 99/2016, fiind prevăzut în aceeași secțiune că *„încadrarea în situațiile prevăzute la art. 177, 178, 180 din Legea nr. 99/2016 conduce la excluderea ofertantului din procedura aplicată pentru atribuirea contractului de achiziție sectorială.”* Ori, întrucât documentația de atribuire (inclusiv modul de completare a DUAЕ) nu a fost contestată, aceasta este obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru participanți, care trebuie să o respecte întocmai.

Printre altele, în partea III -Motive de excludere, Secțiunea C - Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale din Formularul DUAЕ, li se impunea ofertanților să bifeze corespunzător răspunsul (DA sau NU) la întrebarea dacă operatorul economic s-a aflat într-o situație în care un contract de achiziții publice anterior a încetat anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni comparabile în legătură cu respectivul contract. În cazul unui răspuns afirmativ, formularul cuprinde *„o rubrică în care ofertantul trebuie să descrie situația, precum și măsurile luate pentru a demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivul de excludere”*.

Ulterior, consultării dosarului achiziției, mai exact din analiza procesului verbal nr. din 19.11.2021 privind evaluarea garanțiilor de participare, a informațiilor din DUAЕ și a documentelor care-l însoțesc, societatea contestatoare a constatat că liderul asocierii, societatea SRL a completat răspunsul „nu” la întrebarea menționată anterior.

Cu privire la acest din urmă aspect și declarație din partea societății SRL, contestatoarea face mențiunea și sublinierea că, în ceea ce o privește, a fost emis documentul constatator negativ nr. /29.04.2020, document emis chiar de către entitatea contractantă în cadrul procedurii de atribuire a acordului-cadru sectorial de furnizare contoare având nr. de înregistrare /12.04.2019. Contestatoarea subliniază că documentul constatator negativ este documentul ce se emite de entitatea contractantă în termen de 14 zile de la data rezilierii contractului de achiziții publice din vina contractantului/executantului.

Contestatoarea susține că documentul constatator negativ nr. /29.04.2020 nu a fost încărcat în SICAP, deși entitatea contractantă avea obligația legală în acest sens. Prin urmare, societatea contestatoare a adresat mai multe solicitări de a pune la dispoziție acest document constatator negativ, însă până la data prezentei nu s-a primit niciun răspuns din partea entității contractante.

Potrivit informațiilor publice extrase de pe portalul instanțelor de judecată, contestatoarea susține că societatea SRL a uzat de toate căile legale pentru a obține suspendarea efectelor aceluși document constatator negativ și respectiv anularea lui, dar în final toate demersurile sale judiciare au eșuat, fiind respinse definitiv prin hotărâri

pronunțate de instanțele de judecată competente, astfel cum rezultă din extrasele de pe portalul instanțelor de judecată.

Astfel, documentul constatator negativ nr. /29.04.2020 este valid și în prezent își produce efecte, astfel că declararea lui în cadrul DUAE era absolut obligatorie.

Din acest punct de vedere, contestatoarea consideră faptul că societatea SRL se face vinovată de:

- încălcarea în mod grav sau repetat a obligațiilor principale ce-i reveneau în cadrul unui contract sectorial încheiat anterior, iar acele încălcări au dus (cel puțin) la încetarea anticipată a respectivului contract;

- declarații false în conținutul formularului DUAE.

Față de aceste aspecte societatea contestatoare menționează următoarele prevederi legale: art. 180, art. 182, art. 184 din Legea nr. 99/2016, art. 138, art. 143 din HG nr. 394/2016, Notificare ANAP din 18.06.2021 cu privire la situația de excludere reglementată la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, legislația UE, inclusiv practica CJUE.

Din analiza prevederilor legale și a documentației de atribuire, rezultă că ofertanții aveau obligația de a declara în DUAE toate încetările anticipate ale unor contracte de achiziții publice anterioare (care nu sunt mai vechi de 3 ani, astfel cum este prevăzut la art. 184 alin 5), pentru ca, în funcție de toate particularitățile acestora, entitatea contractantă să poată decide dacă aceștia se află sau nu sub incidența motivului de excludere de la art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, fiind prerogativa autorității contractante să facă o analiză proprie a circumstanțelor care au dus la rezilierile anterioare.

Contestatoarea consideră că societatea SRL avea obligația clară și expresă, imperativă, de a declara existența acestui document constatator negativ și de a-și asuma obligația să furnizeze autorității contractante dovezi care să ateste că măsurile corective pe care operatorul economic ofertant 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.

Încălcând prevederile legale, contestatoarea învederează faptul că societatea declarată câștigătoare a ales să completeze răspunsul „nu” la întrebarea dacă operatorul economic s-a aflat într-o situație în care un contract de achiziții publice anterior a încetat anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni comparabile, făcând afirmații false și ascunzând informații față de entitatea contractantă, faptă care o plasează sub incidența motivului de excludere de la lit. h) a art. 180 alin. (1) din Legea nr. 99/2016. Gravitatea sporită a acestui motiv de

excludere rezidă în reaua-credință a ofertantului, care a acționat în vederea inducerii în eroare a entității contractante.

Din acest punct de vedere, motivul de excludere de la lit. h) a art. 180 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 vine în concurs cu motivul de excludere de la lit. g) a art. 180 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, iar această dublă greșală se constituie în agravantă a faptelor culpabile din perspectiva încălcării de către societatea SRL a prevederilor legale în materia achizițiilor publice/sectoriale.

Din actele și informațiile ce au putut fi consultate de contestatoare aceasta afirmă că, deși achizitoarea este emitentul documentului constatatator negativ nr. /29.04.2020, entitatea contractantă nu a amintit nimic despre existența acestuia. Contestatoarea consideră că este îndreptățită să considere că entitatea contractantă nu a realizat nicio evaluare din perspectiva documentului constatatator negativ evocat, bazându-se exclusiv pe declarația falsă dată de societatea SRL în cadrul DUAE, conform căreia nu a existat nicio situație de încetare anticipată a unui contract de achiziție publică și ascunzând (indiferent cu ce grad al culpei) realitatea cu privire la emiterea anterioară a documentului constatatator negativ.

Din acest punct de vedere, contestatoarea subliniază faptul că, după ce DUAE a fost completat în „fals” de către ofertant, nici ofertantul și nici entitatea contractantă nu mai pot să invoce exercitarea dreptului pe care legislația în vigoare îl conferă participanților corecți la proceduri publice de a solicita clarificări, respectiv de a prezenta explicații privitoare la culpa anterior constatată. A considera altfel ar echivala cu a lăsa nesancționată tocmai încălcarea obligației legale, iar declararea în fals nu ar produce nicio consecință legală.

Societatea contestatoare menționează jurisprudența CNSC și a Curților de Apel din România, respectiv decizia nr. din data de 07.05.2021, decizia publicată în BO nr., decizia nr. pronunțată de Curtea de Apel, decizia nr. /2019 pronunțată de Curtea de Apel

În concluzie, contestatoarea învederează faptul că, entitatea contractantă trebuia să constate că oferta asocierii (LIDER) - este neconformă și inacceptabilă, urmând a fi exclusă din procedură pentru încălcarea obligațiilor prevăzute în documentele de licitație și de legislația în vigoare, întrucât conține declarații false, astfel că oferta trebuie exclusă fără a mai beneficia de posibilitatea de a-i fi cerute ofertantului explicații suplimentare ori justificări de către entitatea contractantă.

Acceptarea acestei oferte conduce la concluzia că procesul de evaluare s-a realizat cu încălcarea prevederilor legale și a documentației de atribuire, astfel încât desemnarea asocierii (LIDER) - ca ofertant câștigător este nelegală.

În drept, au fost invocate prevederile Legii nr. 101/2016, Legii nr. 99/2016, HG nr. 394/2016.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr., înregistrat la Consiliu sub nr. din 29.03.2022, ... SA a solicitat respingerea contestației ca nefondată.

În motivare, entitatea contractantă prezintă un istoric al procedurii.

Referitor la critica contestatoarei referitoare la excluderea operatorului economic SRL din procedura de achiziție, entitatea contractantă aduce următoarele argumente:

Menționând prevederile art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă precizează că a derulat mai multe contracte de achiziție contoare cu societatea SRL.

În acest sens, entitatea contractantă prezintă volumele de contoare statice monofazate livrate de SRL în zonele Muntenia Nord și Transilvania Sud în perioada 2019-2021 pe care le prezintă sub formă tabelară.

Față de aceste cantități livrate în decursul a 3 ani de zile (446.000 buc), s-a înregistrat o situație de nelivrare (circa 6.000 buc.) care a dus la emiterea documentului constatator negativ nr. /29.04.2020.

În ceea ce privește motivele ce au stat la baza emiterii documentului constatator negativ nr. /29.04.2020, acestea au fost legate de neexecutarea integrală a obligațiilor contractuale, respectiv nerespectarea termenului de livrare pentru un număr de circa 6.000 contoare. Acordul cadru încheiat pentru lotul 1 (contoare statice monofazate) prevedea un număr minim de 4.590 buc., respectiv un număr maxim de 15.301 buc.; în contractul subsecvent nr. 1 s-au livrat un număr 6.312 buc. contoare monofazate respectiv n-au fost livrate circa 6.000 contoare, fapt ce a condus la rezilierea parțială a acordului-cadru nr. /12.04.2019 în sensul încetării raporturilor obligaționale în ceea ce privește un anumit tip de contor (cel aferent Lotului 1 - contor static monofazat).

Entitatea contractantă menționează faptul că, existența unui document constatator în care se menționează încălcarea obligațiilor principale ce-i reveneau contractantului nu conduce automat la aplicarea prevederilor art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016. În plus, față de momentul emiterii certificatului constatator entitatea contractantă a constatat o îmbunătățire semnificativă a comportamentului comercial al furnizorului de contoare SRL, ținând cont de volumul mult mai mare de contoare livrate în anii 2020-2021 către zonele Muntenia Nord și Transilvania Sud care aparțin de aceeași entitate contractantă, ... SA.

Astfel, aduce în discuție prevederile art. 180 alin. (6) din Legea nr. 99/2016, conform cărora sunt considerate încălcări grave ale obligațiilor contractuale, următoarele situații, enumerate cu titlu exemplificativ:

- neexecutarea obligațiilor privind livrarea produselor sau serviciilor,
- neexecutarea lucrărilor,

-livrarea unor produse sau servicii care prezintă neconformități majore care le fac improprie utilizării conform destinației avute în vedere de entitatea contractantă,

-executarea unor lucrări care nu respectă cerințele caietului de sarcini

-un comportament necorespunzător care creează îndoieli serioase cu privire la credibilitatea operatorului economic.

Prin urmare, se poate constata că livrarea cu întârziere a produselor nu se consideră ca fiind încălcare gravă a obligațiilor contractuale în sensul art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016.

De altfel, entitatea contractantă menționează că societatea SRL a atacat în instanță certificatul constatator care i-a fost remis, solicitând anularea acestuia (dosar nr. aflat pe rolul Tribunalului). Până la momentul derulării procedurii de achiziție care face obiectul contestației din partea SA, instanța nu a motivat hotărârea și nu a comunicat-o părților, ca atare hotărârea nu poate fi atacată cu recurs. Acesta este un alt motiv care a determinat entitatea contractantă de a considera că SRL nu se află într-o situație de excludere în conformitate cu prevederile legale.

Menționând prevederile art. 161 alin. (5) din HG nr. 394/2016, entitatea contractantă învederează faptul că documentele constatatoare pot fi publicate în SEAP, în scopul opozabilității față de terți, doar după expirarea termenului de contestare, sau, în cazul documentelor constatatoare cu privire la care a fost formulată o contestație, numai după soluționarea acesteia. Astfel, până la rămânerea definitivă a hotărârii în dosarul nr., documentul constatator nr. /29.04.2020 nu poate fi opozabil terților.

Entitatea contractantă a organizat procedura de atribuire la care operatorul economic în discuție a participat fiind singura în măsură să analizeze situația concretă, în baza documentelor depuse și a clarificărilor solicitate, dacă este cazul, și să decidă în consecință.

Astfel, cu luarea în considerare a comportamentului operatorului economic SRL ca furnizor de contoare de energie electrică în relația cu entitatea contractantă, a considerat că nu este incidentă clauza de excludere în temeiul art. 180 alin. (1), lit. g) din Legea nr. 99/2016, fiind în posesia dovezilor care confirmă faptul că acesta a luat suficiente măsuri pentru a-și demonstra în concret credibilitatea.

Entitatea contractantă consideră că oferta depusă în cadrul procedurii de atribuire de către SRL este o ofertă acceptabilă și conformă depusă de un operator economic care nu se află în nicio situație de excludere potrivit legii achizițiilor sectoriale.

Concluzionând, entitatea contractantă consideră că au fost respectate condițiile prevăzute de Legea nr. 99/2016.

În probațiune, au fost depuse, în copie certificată, documentele dosarului achiziției publice.

Prin adresa nr. /01.04.2022, înregistrată la CNSC sub nr. /01.04.2022, SC SA a înaintat „Note Scrise”, ca urmare

a recepționării punctului de vedere din partea autorității contractante, solicitând admiterea contestației așa cum a fost formulată.

Contestatoarea precizează că, din analiza punctului de vedere al entității contractante rezultă faptul că explicațiile și apărările entității contractante vizează alt motiv de excludere decât cel invocat de SC SA în cadrul contestației. Societatea contestatoare a dezvoltat și detaliat considerentele care stau la baza contestației, respectiv faptul că oferta asocierii (Lider) - trebuia exclusă din procedură întrucât liderul asocierii a făcut declarații false în conținutul formularului DUAЕ, prin susținerea faptului că, în ceea ce o privește, nu au existat situații de încetare anticipată, din culpa sa, a unor contracte de achiziții publice, în condițiile în care există un document constatat negativ (Documentul constatat nr. / 29.04.2020) emis chiar de entitatea contractantă ca urmare a rezilierii din motive imputabile ofertei a unui contract cu obiect similar celor care fac obiectul prezentei proceduri, respectiv achiziție de contoare de energie electrică.

Potrivit contestatoarei, această declarație falsă o plasează pe ofertantă sub incidența motivului de excludere de la lit. h) a art. 180 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, care operează independent de oricare alt motiv de excludere prevăzut la art. 180. Prin urmare, entitatea contractantă era obligată să constate că oferta asocierii - era neconformă și inacceptabilă și să o excludă din procedură întrucât conține declarații false, fără a mai exista posibilitatea de a-i fi cerute ofertantului justificări legate de emiterea documentului constatat negativ și de măsurile luate pentru a-și demonstra credibilitatea, procedură care se aplică în cazul motivului de excludere prevăzut la lit. g) a art. 180 alin. (1) din Legea nr. 99/2016.

Astfel, în lipsa unor justificări care să acopere eroarea din procesul de evaluare, respectiv declararea câștigătoare a unei societăți care s-a făcut vinovată de declarații false în conținutul informațiilor transmise în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, entitatea contractantă încearcă să abată atenția de la motivul real de excludere invocat de contestatoare și prezintă explicații străine de obiectul contestației, legate exclusiv de situația documentului constatat negativ. Susținerile entității contractante că ar fi în posesia dovezilor care confirmă că societatea a luat suficiente măsuri pentru a-și demonstra în mod concret credibilitatea și că este singura în măsură să analizeze situația, în baza documentelor depuse și clarificărilor solicitate, în condițiile în care din actele și informațiile ce au putut fi consultate de societatea contestatoare rezultă că entitatea contractantă nu a realizat nicio evaluare din perspectiva documentului constatat negativ evocat.

Prin cererea de intervenție în interesul entității contractante nr. /, înregistrată la Consiliu cu

nr./05.04.2022, ... SRL a solicitat cele menționate în partea introductivă, prezentând contraargumente la cele reclamate pe calea contestației.

Ulterior, prezentării unui scurt istoric al procedurii de atribuire, a argumentării cu privire la încuviințarea în principiu a cererii de intervenție, ... SRL, menționează că sunt neîntemeiate alegațiile contestatoarei, potrivit cărora oferta SRL s-ar afla sub incidența cazurilor de excludere prevăzute de art. 180 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 99/2016, aducând următoarele argumente:

Cu privire la „presupusa încadrare” în cazul de excludere prevăzut de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, societatea intervenientă susține că este de necontestat faptul că a fost emis documentul constatator nr./29.04.2020, al cărui emitent este chiar entitatea contractantă SA, organizatoarea prezentei proceduri, și la fel de adevărate, sunt susținerile contestatoarei potrivit cărora SRL a uzat de căile legale pentru suspendarea, respectiv anularea documentului constatator nr./29.04.2020, demersurile sale fiind publice și putând fi consultate de către orice persoană interesată pe portalul instanțelor de judecată, însă aceasta nu înseamnă în niciun caz incidența cazului de excludere prevăzut de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016.

Intervenienta susține că societatea contestatoare ignoră deliberat și cu evidentă rea-credință prevederile art. 184 din Legea nr. 99/2016.

Menționând prevederile art. 161 alin. (8) din HG nr. 394/2016, societatea intervenientă deși consideră că prevederile art. 180 alin. (3) din Legea nr. 99/2016 se refera la situații în care este incidentă răspunderea delictuală, se aplică, în egală măsură, și în situația rezilierii contractului, fiind cu atât mai puțin gravă situația rezilierii unui contract care nu a produs prejudicii entității contractante, așa cum a rezultat din informațiile publicate în SEAP și redată în captură, decât situația creării unui prejudiciu prin săvârșirea unor infracțiuni sau a unor fapte ilicite.

Se menționează de către societatea intervenientă că nu orice reziliere a unui contract atrage sancțiunea maximă, respectiv aceea a excluderii din procedură, așa cum a fost afirmat cu rea credință de către contestatoare.

Intervenienta susține că dând dovadă de bună credință a:

- achitat, în primă fază, penalitățile de întârziere pentru perioada în care a încercat clarificarea situației, survenite ca urmare a refuzului furnizorului chinez de a livra contoarele care făceau obiectul contractului subsecvent NR./15.04.2019;

- în momentul în care s-a constatat faptul că nu există nicio cale de remediere a situației în relația cu furnizorul chinez, s-a întrerupt colaborarea cu acesta, a contactat cu maximă celeritate producătorului și a propus entității contractante furnizarea unui echipament superior din punct de vedere tehnic celui ofertat, fără modificarea valorii contractului, echipament care, într-o situație identică, a fost acceptat de către - acord cadru nr./09.07.2019,

contract subsecvent nr./16.07.2019. Astfel, spre deosebire de, filiala a acceptat să analizeze noul produs propus, concludând prin adresa nr./16.04.2020, următoarele: „*din punct de vedere tehnic, contorul respectă condițiile din caietul de sarcini și din specificația tehnică aferente contoarelor (static monofazat 5 (80) A EA+ER, cu ceas) și pot fi livrate în cadrul acordului cadru și a contractului subsecvent ”.*

Ulterior livrării produselor către a contoarelor susmenționate s-a constatat faptul că aceasta a distribuit o parte din ele și către entitatea contractantă, situație din care intervenienta concluzionează că nevoia de a recepționa și a utiliza produsele propuse există, însă aceasta a fost inferioară nevoii de a crea un precedent care să o avantajeze ulterior pe contestatoarea SA.

Societatea intervenientă a sesizat, existând dovezi clare ale incidenței unor fapte anticoncurențiale săvârșite de către contestatoarea SA și de către furnizorul chinez, în prezent procedură fiind în curs de desfășurare.

Astfel, nu orice neîndeplinire a unor clauze contractuale poate să genereze aplicarea dispozițiilor art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, după cum nu orice document constatatator trebuie să conducă, *tale quale*, la respingerea ofertantului, legiuitorul impunând comisiei de evaluare verificarea îndeplinirii condițiilor cumulative prevăzute la articolul respectiv, obligație pe care entitatea contractantă și-a îndeplinit-o, aceasta fiind la curent cu integralitatea situației, în condițiile în care este emitentul documentului constatatator nr./29.04.2020 și a fost parte în dosarele prin care intervenienta a încercat suspendarea/anularea respectivului document constatatator.

Prevederile art. 180 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 sau ca existența documentului constatatator, conduce, de drept, la respingerea ofertantului, cu atât mai mult cu cât, se reiterează, rezilierea a avut loc din motive independente de voința societății interveniente, iar aceasta nu a produs prejudicii entității contractante. Chiar și în ipoteza în care rezilierea în discuție ar fi produs prejudicii entității contractante, nu ar fi devenit incidența excluderea, în condițiile în care, după cum s-a demonstrat anterior, intervenienta și-a demonstrat cu prisosință credibilitatea și în egală măsură, anterior rezilierii contractului, a depus toate diligentele în vederea finalizării în cele mai bune condiții a acestuia.

În acest sens, societatea intervenientă menționează jurisprudența Curții de Apel

Cele antemenționate au fost respectate întrutotul de către entitatea contractantă, care în mod corect și în deplină cunoștință de cauză cu privire la documentul constatatator aș cărui emitent este și cu privire la

faptul că subscrisa, prin acțiunile sale, și-a demonstrat credibilitatea în conformitate cu prevederile art. 184 din Legea nr. 99/2016, a declarat admisibilă și câștigătoare oferta sa.

Referitor la „presupusa încadrare în cazul de excludere prevăzut de art. 180 alin. (1) lit. h), intervenienta subliniază faptul că nici această critică a contestatoarei nu este întemeiată, în condițiile în care, după cum s-a demonstrat la punctul anterior, în concordanță cu cele statuate de către Curtea de Apel, în cuprinsul Deciziei civile nr. /2020, pronunțate în dosarul nr. /117/2020. „nu există nicio posibilitate ca autoritatea să descalifice sau să excludă din procedură reclamantul pe baza acestui document, întrucât acesta nu poate să producă efecte retroactive și că el va produce efecte în momentul în care se va publica în SEAP”. Astfel, la data depunerii procedurii (26.10.2021, ora 15:00), documentul constatator nr. /29.04.2022 nu era publicat în SEAP de către entitatea contractantă, prin urmare nu avea cum să producă efecte. Acesta a fost publicat în SEAP de către entitatea contractantă abia pe data de 24.03.2022, cu mențiunea „există prejudicii sau pagube - nu”, creându-se aparenta incidenței unor ingerințe din partea contestatoarei SA, care, în îndeplinirea scopului sau de limitare nelegală, chiar eliminare cu orice preț a concurenței, apelează la orice mijloace necesare, în cazul de față apreciind în mod rezonabil că a pus presiuni nejustificate pe entitatea contractantă pentru a o determina să publice documentul constatator în discuție, deși aceasta a considerat că, în condițiile în care nu i-au fost produse prejudicii, nu era necesară publicarea acestuia.

De altfel limitarea concurenței și intimidarea sunt practici constante ale contestatoarei SA, după cum s-a demonstrat în sesizarea depusă la, imposibilitatea livrării de către SRL a contoarelor care au făcut obiectul contractului care a condus la emiterea de către entitatea contractantă a documentului constatator nr. /29.04.2020 fiind rezultatul practicilor anticoncurențiale întreprinse de grupul de interese condus de contestatoarea SA, practici ce urmează a fi scoase la iveală în cel mai scurt timp de către

Nu poate fi vorba de „declarații false” în cazul în care entitatea contractantă este emitentul respectivului document constatator, deci este în cunoștință de cauză cu privire la integralitatea situației. Chiar și în situația în care a accepta raționamentul contestatoarei, omisiunea declarării de către SRL în DUAЕ a respectivului document constatator este anulată de faptul că entitatea contractantă are cunoștință despre acesta, fiind emitentul lui.

În realitate entitatea contractantă, în deplină cunoștință de cauză și după analizarea în detaliu a situației, a concluzionat în mod corect faptul că nu sunt incidente cazurile de excludere a ofertei societății interveniente și pe cale de consecință a declarat admisibilă și câștigătoare oferta intervenientei.

Prin adresa nr./06.04.2022, înregistrată la CNSC sub nr./06.04.2022, SC SA a înaintat „.....”, ca urmare a recepționării cererii de intervenție, solicitând respingerea acesteia și admiterea contestației așa cum a fost formulată.

Contestatoarea subliniază că apărările intervenientei vizează în principal un alt motiv de excludere decât cel invocat de ea în cadrul contestației. Am dezvoltat pe larg considerentele care stau la baza contestației noastre, respectiv faptul că oferta asocierii (Lider) - trebuia exclusă din procedură întrucât intervenienta a făcut declarații false în conținutul formularului DUAЕ, prin susținerea faptului că, în ceea ce o privește, nu au existat situații de încetare anticipată, din culpa sa, a unor contracte de achiziții publice, în condițiile în care există un document constatatator negativ (documentul constatatator nr./29.04.2020) emis ca urmare a rezilierii din motive imputabile intervenientei a unui contract cu obiect similar celor care fac obiectul prezentei proceduri. Ori această declarație falsă o plasează pe intervenienta sub incidența motivului de excludere de la lit. h) a art. 180 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, care operează independent de oricare alt motiv de excludere prevăzut la art. 180.

Astfel, nu existența documentului constatatator negativ este motivul de excludere invocat de contestatoare ca temei al contestației, ci declarația falsă privind inexistența vreunei situații de încetare anticipată a unui contract, precum cea consemnată în documentul constatatator evocat.

Prin urmare, susținerile intervenientei privind faptul că nu ar fi produs prejudicii entității contractante și că și-ar fi demonstrat credibilitatea, și cele că entitatea contractantă ar fi evaluat situația care a stat la baza emiterii documentului constatatator negativ și măsurile luate de intervenienta pentru a-și demonstra credibilitatea, în afara faptului că sunt false, sunt irelevante raportat la motivul contestației. Contestatoarea subliniază încă o dată că din documentele de evaluare consultate nu rezultă că intervenienta ar fi prezentat măsurile luate ca urmare a rezilierii contractului, nici că entitatea contractantă ar fi realizat vreo evaluare a acestei situații.

Cu privire la motivul de excludere prevăzut la art. 180 lit. h) din Legea nr. 99/2016, cel care a fost de altfel invocat de contestatoare în cadrul contestației, singura argumentație a intervenientei este aceea că documentul constatatator nr./ 29.04.2020 poate produce efecte doar de la data publicării sale în SEAP, iar în sprijinul acestei afirmații redă un extras din Decizia civilă emisă în cadrul dosarului în care intervenienta a solicitat suspendarea efectelor documentului constatatator.

Această susținere a intervenientei este total eronată, în condițiile în care atât legislația în domeniul achizițiilor publice/sectoriale, cât și practica constantă a C.N.S.C. și a instanțelor de judecată investite cu

soluționarea unor spețe identice ori similare stipulează obligația ofertanților de a furniza toate informațiile prevăzute în mod expres în cuprinsul DUAЕ, inclusiv cu privire la situația de încetare anticipată a contractelor derulate anterior de către aceștia, indiferent de motivul care a stat la baza rezilierii acestor contracte, entitatea contractantă fiind cea care trebuie să aprecieze, în urma unei analize detaliate, dacă anumite situații de reziliere sunt relevante sau nu și dacă se circumscriu situațiilor de excludere prevăzute de legislația aplicabilă. Corectitudinea informațiilor pe care ofertanții le prezintă entității contractante reprezintă elemente esențiale în aprecierea existenței cazurilor de excludere, iar o interpretare contrară ar lipsi de conținut dispozițiile care reglementează DUAЕ și efectele pe care acesta le are în procedura de atribuire.

Mai mult, legislația aplicabilă la momentul emiterii certificatului constatator și la data derulării procedurii de atribuire prevedea că *„Documentele constatatoare emise de către entitatea 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/soluționării contestațiilor, în situația în care acestea au fost depuse (art. 161 alin. (5) din HG nr. 394/2016)”*. Extrasul din Decizia civilă nr. pronunțată într-un dosar ale cărui detalii contestatoarea nu le cunoaște este inaplicabil speței în discuție.

Întrucât societatea intervenientă a solicitat accesul la dosarul cauzei, Consiliul a comunicat acesteia termenul de acces la dosarul cauzei și implicit de depunere a concluziilor scrise, prin adresa nr. Un reprezentant s-a prezentat în vederea studierii în data de 21.04.2022.

În urma studiului dosarului achiziției, societatea intervenientă a depus concluzii scrise nr. înregistrate la CNSC sub nr., formulând concluzii scrise, solicitând admiterea cererii de intervenție așa cum a fost formulată.

Prin adresa nr. din 29.04.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. din 29.04.2022, SC SA a formulat „.....”, solicitând admiterea contestației așa cum a fost formulată.

Prin adresa nr. din 02.05.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. din 02.05.2022, ... SRL a formulat „.....”, solicitând admiterea cererii de intervenție așa cum a fost formulată.

Prin adresa nr. din 03.05.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. din 03.05.2022, SC SA a formulat „.....”, solicitând admiterea contestației așa cum a fost formulată.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..... SA, în calitate de entitate contractantă a organizat procedura de licitație deschisă, în vederea încheierii acordului-cadru, divizat pe loturi, având ca obiect de „Contoare monofazate și trifazate de energie

electrică”, cod CPV: 38554000-3 -Contoare de electricitate (Rev.2), elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare nr. din 20.09.2021, conform căruia valoarea estimată a procedurii este de 50.219.500 lei fără TVA, iar criteriul de atribuire aplicat este „cel mai bun raport calitate preț”.

Conform raportului procedurii nr. /14.03.2022, pentru fiecare dintre cele 4 loturi au fost depuse câte 2 oferte, respectiv oferta SA și oferta asocierii (Lider) - care a fost declarată câștigătoare pentru toate cele 4 loturi.

Referitor la loturile 2, 3 și 4 din raportul procedurii rezultă că, urmare aplicării criteriului de atribuire a fost stabilit clasamentul ofertanților, astfel:

- lotul 2: asocierea (Lider) - a obținut 100 de puncte și s-a clasat pe locul 1; SA a obținut 91,97 puncte și s-a clasat pe locul 2.

- lotul 3: asocierea (Lider) - a obținut 100 de puncte și s-a clasat pe locul 1; SA a obținut 92,95 puncte și s-a clasat pe locul 2.

- lotul 4: asocierea (Lider) - a obținut 100 de puncte și s-a clasat pe locul 1; SA a obținut 98,94 puncte și s-a clasat pe locul 2.

Acest rezultat al procedurii i-a fost comunicat SA prin adresa nr. /16.03.2022 pentru lotul 2, adresa nr. /16.03.2022 pentru lotul 3 și adresa nr. /16.03.2022 pentru lotul 4.

Împotriva desemnării câștigătoare a ofertei asocierii (Lider) - pentru loturile 2,3 și 4, SC SA a înaintat Consiliului contestația de față (consemnând cauțiunile: pentru lotul 2 în valoare de 100.232,00 lei, cu recipisa de consemnare nr. din 24.03.2022, pentru lotul 3 în valoare de 140.624,00 lei, cu recipisa de consemnare nr. din 24.03.2022 și pentru lotul 4 în valoare de 25.912,00 lei, cu recipisa de consemnare nr. din 24.03.2022, emise de CEC Bank – Sucursala), solicitând:

- anularea adreselor nr. / 16.03.2022, nr. /16.03.2022 și nr. /16.03.20223305, prin care a fost comunicat rezultatul procedurii pentru lotul 2, lotul 3 și lotul 4;

- anularea parțială a raportului procedurii de atribuire nr. / 14.03.2022 și a actelor subsecvente acestuia, în ceea ce privește loturile 2, 3 și 4;

- reluarea procedurii de atribuire pentru loturile 2, 3 și 4 de la etapa verificării condițiilor de participare, respectiv a informațiilor preliminare prezentate de ofertanți în DUAE, cu respectarea prevederilor legale în materia achizițiilor publice, a prevederilor din documentația de atribuire și a celor menționate în prezenta contestație, în sensul

- constatarea faptului că oferta asocierii (Lider) - este neconformă și inacceptabilă, urmând a fi exclusă din procedură pentru încălcarea de către ofertant a obligațiilor prevăzute în documentele de licitație și de legislația în vigoare.

Ca o chestiune prealabilă, Consiliul reține că, lider al asocierii (Lider) - câștigătoarea loturilor 2, 3 și 4 a formulat o cerere de intervenție pe care o încuviințează în principiu, în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, dat fiind faptul că autoarea ei, în calitate de ofertantă declarată câștigătoare, dovedește un interes legitim propriu în pricina prin promovarea ei.

Analizând cauza pe fondul său, Consiliul constată că SA este nemulțumit de modalitatea în care a evaluat entitatea contractantă ofertele depuse în cadrul loturilor nr. 2, 3 și 4 de către asociera (Lider), oferte pe care reclamanta le apreciază drept inadmisibile, din cauza situației expuse în documentul constatator invocat și a completării neconforme a DUAЕ, susținând că se află sub incidența motivelor de excludere prevăzute de dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. g), h) și i) din Legea nr. 99/2016, deoarece a omis în totalitate să declare în documentele DUAЕ contractul de achiziție sectorială încheiat anterior cu organizatoarea achiziției ce face obiectul prezentei, în care liderul asocierii și-a încălcat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul derulării contractului sectorial, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată (rezilierea) a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Analizând legalitatea rezultatului evaluării supus analizei, Consiliul constată că potrivit prevederilor fișei de date a achiziției, la pct. III.1.1.a) - „*Situația personală a candidatului sau ofertantului*”, se precizează că *ofertantii, tertii sustinatori si subcontractantii nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 71-73, 177, 178, 180 din Legea nr. 99/2016*, iar ca informații și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate, aceștia vor prezenta formularul **DUAЕ** - *Document unic de achiziție european* cu informații aferente situației lor.

Conform acestei secțiuni entitatea achizitoare menționează că formularul DUAЕ- document unic de achiziție european se va completa în conformitate cu dispozițiile art. 202 din Legea nr. 99/2016, unde:

Cerinta nr. 1

*(1) Entitatea contractanta accepta la momentul depunerii solicitarilor de participare sau ofertelor DUAЕ (Document unic de achiziție european), **care consta într-o declarație pe propria răspundere actualizată, ca dovada preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către tertii care confirmă ca operatorul economic în cauza îndeplinește următoarele condiții:***

a) Situațiile de excludere se aplica tuturor operatorilor economici-ofertanti/ tertii sustinatori/ subcontractatori :

- i. - ofertantul, ofertantul asociat, subcontractantul si tertul nu se afla în niciuna dintre situațiile de excludere prevăzute la art. 177, 178 si 180 din Legea 99/2016.

- ii. - ofertantul asociat, subcontractantul si tertul nu se afla în prevederile art. 71-73 din Legea 99/2016.

b) îndeplinește criteriile privind capacitatea, astfel cum au fost solicitate de entitatea contractanta;

Încadrarea în situațiile prevăzute la art.177, 178, 180 din Legea nr. 99/2016 conduce la excluderea ofertantului din procedura aplicata pentru atribuirea contractului de achizitie sectoriala.

Operatorul economic poate beneficia de derogările prevazute din Legea nr. 99/2016, dacă se află în următoarele situații :

(...)

c) art. 184 alin. (1) - Orice operator economic aflat in oricare din situatiile prevazute la art. 177, 178 si 180 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care sa arate ca masurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-si demonstra in corect credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.”

Așadar, toți ofertanții erau ținuti să depună propriul DUAЕ, din care să reiasă că nu intră sub incidența, între altele, a art. 180 din Legea nr. 99/2016, care la alin. (1) lit. g), h) și i) statuează că entitatea contractantă exclude din procedura de atribuire orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații:

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

h) operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea entității 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 entității 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 entității contractante privind excluderea din procedura de atribuire a respectivului operator economic, selectarea acestuia sau atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru către respectivul operator economic.

Asocierii (Lider) - i se impută faptul că liderul nu a completat corespunzător DUAЕ propriu. Asupra acestei critici, Consiliul observă că, într-adevăr, liderul asocierii, societatea a bifat răspunsul „NU”, în DUAЕ, la rubrica „Încetarea anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile”, răspuns din care se extrage concluzia că nu a avut nicio situație de încetare anticipată, plată de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile. În pofida acestei

concluzii, contestatoarea a furnizat, în susținerea demersului său, în copie:

- documentul constatator negativ nr. /29.04.2020, emis de către entitatea contractantă, organizatoare a prezentei proceduri, potrivit căruia contractul nr. /15.04.2019 (lotul 1) a fost reziliat deoarece nu au fost livrate conform prevederilor contractului produsele prevăzute conform Anexei 1, contoare de tip electronice monofazate cu măsura reactiv. Documentul a fost întocmit de care a fuzionat cu o altă societate, devenind din 31.12.2020 SA (entitatea organizatoare), societate care a preluat toate drepturile și obligațiile ca efect al fuziunii. El nu a fost publicat în SEAP decât după formularea prezentei contestații, respectiv în data de 24.03.2022, având nr. de identificare [.....].

În procesul-verbal nr. /09.03.2022 privind evaluarea informațiilor din DUAE, entitatea achizitoare, prin comisia de evaluare, nu a reținut niciun motiv de excludere pentru liderul al asocierii câștigătoare și nici nu a precizat despre existența emiterii documentului constatator negativ nr. /29.04.2020, emis de aceasta într-un alt contract derulat în anul 2019.

În contextul descris mai sus, în care reclamanta a precizat existența unui document constatator „negativ” aparținând asocierii câștigătoare, depunându-l ca mijloc de probă la dosarul cauzei, despre care entitatea contractantă nu amintește în actele de evaluare a ofertelor depuse pentru loturile 2, 3 și 4 și nici nu a făcut referire care au fost considerentele pe care le-a avut în vedere cu privire la neclarificarea situațiilor de excludere privind ofertantul câștigător, intră în domeniul evidenței că nici Asocierea (Lider) - nu a furnizat informații privind existența acestui certificat constatator, iar achizitoarea nu s-a raportat la acest act în analiza sa.

Prin punctul de vedere înaintat Consiliului, entitatea contractantă aduce precizări cu privire la rațiunea avută în decizia sa de a nu mai face o analiză despre comportamentul operatorului economic avută în relația sa cu acest furnizor de continuare de energie electrică în anii 2019-2020, considerând că nu este incidentă cauza de excludere precizată la art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea 99/2016, fiind în posesia dovezilor care confirmă faptul că acesta a luat suficiente măsuri pentru a își demonstra în concret credibilitatea.

Având a se pronunța asupra legalității acestei măsuri a entității contractante, Consiliul observă următoarele dispoziții ale Legii nr. 99/2016:

- art. 180

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

g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i revineau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract sectorial sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar

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

(6) În sensul dispozițiilor alin. (1) [lit. g](#)), se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea obligațiilor privind livrarea produselor sau serviciilor, ori neexecutarea lucrărilor, livrarea unor produse sau servicii care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației avute în vedere de entitatea contractantă, ori executarea unor lucrări care nu respectă cerințele caietului de sarcini, sau un comportament necorespunzător care creează îndoieli serioase cu privire la credibilitatea operatorului economic.”

- art. 184

„(1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la [art. 177](#), [178](#) și [180](#) care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

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

(3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la [art. 177](#), [178](#) și [180](#) le poate furniza entității contractante, în sensul prevederilor [alin. \(1\)](#), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația, și la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite.”

Drept urmare, în stabilirea legalității actelor atacate, Consiliul va avea în vedere dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. g) și alin. (6) din Legea nr. 99/2016, citate mai sus, care stabilesc în ce condiții operează excluderea operatorului economic. Astfel, abordând coroborat cele două texte ale art. 180, se concluzionează că, pentru a fi incident cazul de excludere arătat, este necesară îndeplinirea cumulativă a următoarelor condiții:

- 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;

- încălcarea gravă a obligațiilor contractuale poate fi considerată neexecutarea obligațiilor privind livrarea produselor sau serviciilor, ori neexecutarea lucrărilor, livrarea unor produse sau servicii care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației avute în vedere de entitatea contractantă, ori executarea unor lucrări care nu respectă cerințele caietului de sarcini, sau un comportament necorespunzător care creează îndoieli serioase cu privire la credibilitatea operatorului economic;

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

Astfel, pentru a decide dacă Asocieria (Lider) - a fost în mod legal păstrată în procedură, trebuie verificat și stabilit dacă, referitor la executarea de către a obligațiilor ce îi reveneau în baza contractului nr. / 15.04.2019 (lotul 1), încheiat cu organizatoarea achiziției prezente, s-a făcut vinovată de încălcarea în mod grav sau repetat a obligațiilor sale principale și dacă această presupusă conduită a sa a condus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Din modul de exprimare a legiuitorului, în emiterea dispozițiilor coroborate ale art. 180 alin. (1) lit. g) și alin. (6) din Legea nr. 99/2016, Consiliul constată că excluderea operează în situația în care sunt îndeplinite cumulativ condițiile amintite, respectiv conduita viciată a operatorului economic, conduită care să fi avut efectele amintite. Este de observat că legiuitorul nu a prevăzut că motivul de excludere operează de drept în situația în care, pentru operatorul economic respectiv, a fost emis un document constatator, de natura celui întâlnit în prezenta speță, fără a fi necesare alte verificări. În textul dispozițiilor coroborate ale art. 180 alin. (1) lit. g) și alin. (6) din Legea nr. 99/2016, nu se condiționează excluderea operatorului economic de existența unui document constatator emis de vreun beneficiar al acestuia.

Potrivit art. 161 alin. (1) din HG nr. 394/2016, „Entitatea 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. 180 alin. (1) lit. g) din Lege.”

Drept urmare, concluzia la care Consiliul a ajuns în paragraful anterior dispozițiilor citate ale art. 161 din HG nr. 394/2016, este susținută chiar de textele regăsite în această prevedere. Astfel, dacă legiuitorul ar fi dorit ca excluderea operatorului economic să intervină ca efect al existenței pure și simple a unui document constatator emis în

baza art. 161 alin. (1) din HG nr. 394/2016, ar fi prevăzut în mod clar această posibilitate. Însă, așa cum este înscris la art. 161 alin. (8) din HG nr. 394/2016, 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. 180 alin. (1) [lit. g](#)) din Lege.”

Consiliul subliniază că nici din conținutul documentului constatator și nici din textele de lege ce reglementează emiterea și efectele sale, nu rezultă ca efectul unui astfel de document este excluderea viitoare, din alte proceduri de atribuire a unui contract public, a operatorului economic pentru care a fost emis.

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. 180 alin. (1) [lit. g](#)) din Legea nr. 99/2016.

Or, în speța de față achizitoarea fiind și cea care a emis certificatul constatator, a considerat că în virtutea relațiilor contractuale avute cu, prin care acesta și-a demonstrat credibilitatea, depunând toate diligențele în vederea derulării contractelor avute în perioada 2019-2020 unde nu și-a mai încălcat obligațiile contractuale, i-au fost suficiente pentru a nu fi exclus operatorul economic respectiv din prezenta procedură.

Consiliul constată că nu se impune reluarea procedurii de evaluare doar pentru a analiza incidenței acestui caz de excludere pe motiv că dovezile privitoare la luarea măsurilor organizatorice, tehnice și de personal specifice pentru a evita apariția unor situații similare în viitor nu se regăsesc fizic la dosarul cauzei, din moment ce conduita ofertantului a fost demonstrată prin relația contractuală care o are cu achizitoarea.

Față de toate cele reținute, Consiliul constată că, entitatea contractantă și-a exercitat dreptul de apreciere în limitele impuse de lege, stabilind, prin prisma documentelor pe care le deține, că măsura excluderii nu se impune, asumându-și răspunderea pentru soluția adoptată, fiind singura în măsură să aprecieze oportunitatea excluderii din procedură a acestui operator economic.

Relevante în speța analizată sunt și considerentele Curții de Apel București din decizia nr. din 17.12.2018:

„În speță, din actele depuse, rezultă că autoritatea contractantă și-a exercitat dreptul de apreciere în limitele impuse de lege, în sensul că avea posibilitatea de a exclude sau, dimpotrivă, de a păstra operatorul în procedură, și că, mai mult, alegerea a fost justificată. [...]

Au fost, de asemenea, avute în vedere contracte încheiate ulterior anului 2015 cu diverși beneficiari, și care au fost finalizate, contracte care, contrar considerentelor reținute în decizie, sunt dovezi în sensul art. 171 alin. 3 din Legea nr. 98/2016, de vreme ce relevă împrejurări

ulterioare celor constatate prin documentul constatator, relevante pentru aprecierea conduitei petentei.

Față de toate cele reținute, Curtea constată că, în aplicarea corectă a legii, autoritatea contractantă și-a exercitat dreptul de apreciere în limitele impuse de lege, stabilind motivat, prin prisma documentelor depuse și explicațiilor oferite, că măsura excluderii nu se impune, asumându-și răspunderea pentru soluția adoptată.

Fiind singura în măsură să aprecieze oportunitatea excluderii din procedură a unui operator economic aflat în această situație, nici consiliul și nici instanța nu pot interveni, decât în măsura în care dispozițiile legale au fost încălcate iar soluția este adoptată cu exces de putere.”

Consiliul mai arată că, în contestație se invocă incidența motivului de excludere prevăzut la art. 180 alin. (1) lit. h), asocierea (Lider) - ar fi furnizat informații false în DUAЕ, din moment ce nu a declarat contractul de achiziție sectorială încheiat anterior.

În cererea de intervenție, ... face precizarea faptului că documentul constatator negativ nr. /29.04.2020, nefiind publicat în SEAP de către entitatea contractantă, nu avea cum să producă efecte, astfel a considerat că nu este necesară declararea acestuia, luând în considerare și acțiunea formulată în instanța privind atacarea acestuia.

La rândul ei, entitatea contractantă menționează care au fost considerentele pentru care nu a publicat în SEAP documentul constatator negativ nr. /29.04.2020, societatea SRL atacând în instanță certificatul care i-a fost remis, solicitând anularea acestuia (dosar nr. aflat pe rolul Tribunalului), iar până la momentul derulării procedurii de achiziție care face obiectul contestației din partea SA, instanța nu a motivat hotărârea și nu a comunicat-o părților, ca atare hotărârea nu a rămas definitivă, putând fi atacată cu recurs.

Consiliul constată că într-adevăr documentul constatator negativ nr. 4670/29.04.2020 a fost contestat de către la instanța de judecată competentă, formând obiectul dosarului nr., astfel în lumina dispozițiilor art. 161 alin. (5) din HG nr. 394/2016 aplicabile la data publicării anunțului de participare (20.09.2021)- Documentele constatatoare emise de către entitatea 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/soluționării contestațiilor, în situația în care acestea au fost depuse, achizitoarea nu putea publica documentul constatator decât după soluționarea acestuia, respectiv până la rămânerea definitivă a hotărârii emisă de Tribunalului (dosarul nr.), atacată cu recurs la acest moment (02.05.2022) potrivit site-lui portal.jus.ro, documentul constatator nr. /29.04.2020 neputând fi opozabil terților, deoarece produce efecte juridice decât după soluționarea contestațiilor.

În condițiile în care, documentul în cauză nu trebuia publicat, respectivului act nu i se pot atribui efecte care să se producă în prezenta procedură de achiziție, nefiind așadar îndeplinite condițiile de la art.180 din Legea nr. 99/2016 lit. h) (*declarații false în scopul verificării motivelor* de excludere) întrucât acest din urmă temei era raportat tot la documentul constatator nr./29.04.2020.

Având în vedere ansamblul considerațiilor anterior prezentate, Consiliul reține caracterul nefondat al criticilor contestatoarei cu privire la decizia entității contractante de stabilire a ofertei câștigătoare pentru loturile 2, 3 și 4.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează să respingă ca nefondată contestația depusă de SC SA.

Față de cele reținute mai sus cu ocazia soluționării contestației, Consiliul stabilește că cele evocate în cererea de intervenție depusă sunt întemeiate, astfel încât va admite cererea de intervenție depusă de SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația depusă de SC SA în contradictoriu cu SA.

Încuviințează în principiu și admite cererea de intervenție depusă de SRL.

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

Împotriva ei 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, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

MEMBRU,